Rechtswissenschaft.
4034
3 1761 08306662 1

Presented to the
LIBRARY *of the*
UNIVERSITY OF TORONTO
by
Rutherford Library,
University of Alberta

Y435

Erläuterung

des allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuches

für die

gesammten deutschen Länder

der

österreichischen Monarchie,

mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses,

von

Franz Xaver J. F. Nippel,

k. k. Landrathe, Ehrenbürger der k. k. Prov. Hauptstadt Grätz.

WIENER OESTERR. ADVOKATEN KAMMER

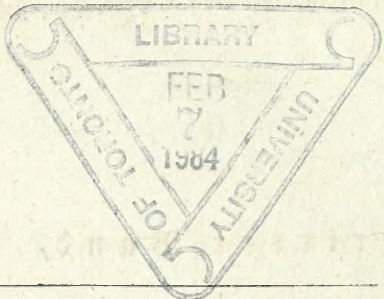
Dritter Band,

enthaltend die §§. 285 bis einschließig 530.

Grätz, 1831.

Im Verlage bey Damian und Sorge.

K
N7196
E7
1830
Bd.3



Papier und Druck von den Gebrüdern
Georg und Carl Tanzer.

Zweyter Theil.

Von dem Sachenrechte.

Von Sachen und ihrer rechtlichen Eintheilung.

§. 285.

Begriff von Sachen im natürlichen Sinne.

Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.

1) Die Wesen, welche in dem Universum vorhanden sind, theilen sich in Personen, die als Selbstzwecke existiren, und in Sachen, welche bloß zu den beliebigen Zwecken der erstern vorhanden sind. Unter diese gehören ganz natürlich nur vernünftige Wesen, unter die Sachen aber alle vernunftlosen. Nur der Mensch besitzt aber auf dieser Erde Vernunft, folglich sind alle außer ihm bestehende Wesen lediglich als Sachen anzusehen. Der Mensch kann nie zu einer Sache herabgewürdiget werden. In diesem Anbetrachte sind daher nicht nur allein a) alle leblose Gegenstände, sondern b) auch lebende, jedoch vernunftlose Wesen, sohin alle Gattungen Thiere, als Sachen zu behandeln.

2) Allein aus der Coexistenz mehrerer Menschen, und ihrem Bestreben, die neben ihnen bestehenden vernunftlosen Wesen zu ihren Zwecken zu benützen, entstehen besondere Verhältnisse, welche gleichfalls wieder dazu dienlich seyn können, die

Zwecke der Menschen zu realisiren. Daher werden diese Verhältnisse, in so fern sie von bestimmten Personen weggedacht werden, und sohin zum Gebrauche der Menschen überhaupt dienen, gleichfalls als Sachen angesehen. Hierunter gehören a) die Kraftäußerungen vernünftiger Wesen, denn diese können nicht nur zu den persönlichen Zwecken desjenigen, der sie von sich gibt, sondern auch anderer Menschen benützt werden, und b) die ausschließenden Rechte auf Sachen, oder auf die Leistungen oder Unterlassungen anderer Menschen.

3) Dagegen können unter den Begriff von Sachen die Eigenschaften einer Person, obschon an und für sich von der Person selbst unterschieden, z. B. die Kenntnisse derselben, nicht gerechnet werden, weil sie unmittelbar nur von derjenigen Person, die sie besitzt, keineswegs aber auch von andern Menschen benützt und gebraucht werden können; daher man auch nicht sagen kann, daß sie zum Gebrauche der Menschen dienen. So z. B. bedient sich der Kranke wohl der Hülfeleistung des kenntnißreichen Arztes, sohin kommen ihm auch mittelbar diese Kenntnisse zu Nutzen. Doch ist es immer nur die persönliche Thätigkeit des Arztes, die er benützt; — denn ist derselbe an dieser Dienstleistung verhindert, oder er will absichtlich seine Kenntnisse hier nicht anwenden, so dienen sie dem Kranken zu keinem Gebrauche.

§. 286.

Eintheilung der Sachen nach Verschiedenheit des Subjectes, dem sie gehören.

Die Sachen in dem Staatsgebiethe sind entweder ein Staats- oder ein Privat-Gut. Das letztere gehört einzelnen oder moralischen Personen, kleinern Gesellschaften, oder ganzen Gemeinden.

1) In einer jeden, sohin auch in der größten, nähmlich der bürgerlichen Gesellschaft, erscheinen die Personen, welche diese Gesellschaft bilden, in einer doppelten Beziehung. In Beziehung auf den Gesellschaftszweck machen alle Personen eine Gesammtheit, eine einzige moralische Person aus. Diese moralische Person

heißt Staat, und ist im Besitze des ganzen Gebiethes, in welchem die einzelnen Mitglieder des Staates ihren Wohnsitz haben. Daher gehören auch die inner in dem Staatsgebiethe befindlichen Sachen dem Staate, wenn sie nicht das Eigenthum eines Privaten sind; woraus folgt, daß ein eigentlich herrenloses Gut, welches Jedermann ohne Unterschied zur Zueignung freystände, in einem Staatsgebiethe sich nicht befinden könne, sondern daß, wie dieser §. ausspricht, die Sachen in dem Staatsgebiethe immer entweder ein Staats- oder ein Privat-Gut seyen, worunter auch die in unserem Staatsgebiethe befindlichen Güter fremder Staaten gehören. Daß der Staat selbst von dieser Regel eine Ausnahme machen könne, und Sachen, welche er als sein Eigenthum in Anspruch zu nehmen befugt wäre, Privaten zur freyen Zueignung überlassen könne, fällt in die Begriffe.

2) Die Personen, welche die bürgerliche Gesellschaft bilden, haben aber, außer der Erreichung des Allen gemeinschaftlichen (Staats-) Zweckes, noch viele andere Privatzwecke, welche sie zu realisiren trachten. Einige derselben können gleichfalls nur dadurch verwirklichet werden, daß mehrere Menschen in Verbindung treten, und eine Gesellschaft (moralische Person) bilden. Diese einzelnen moralischen Personen werden nun, so wie jeder einzelne Mensch im Staate, als *Private* angesehen, und die Jenem und Diesem eigenthümlich angehörigen Sachen sind ein *Privatgut*. Diese moralischen Personen im Staate sind nun entweder kleinere Gesellschaften, wie z. B. Handlungsgesellschaften, Innungen, Künstlervereine u. s. w., oder sie sind ganze Gemeinden, wie z. B. Stadtgemeinden, geistliche Gemeinden, welche unter dem besondern Schutze des Staates stehen.

§. 287.

Freystehende Sachen, öffentliches Gut und Staatsvermögen.

Sachen, welche allen Mitgliedern des Staates zur Zueignung überlassen sind, heißen freystehende Sachen. Jene, die ihnen nur zum Gebrauche verstattet werden, als: Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seehäfen und Meeresufer, heißen ein all-

gemeines oder öffentliches Gut. Was zur Bedeckung der Staatsbedürfnisse bestimmt ist, als: das Münz- oder Post- und andere Regalien, Kammergüter, Berg- und Salzwerke, Steuern und Zölle; wird das Staatsvermögen genannt.

1) Die Sachen, welche entweder gleich bey Entstehung einer bürgerlichen Gesellschaft, oder in der Folge der Gesammtheit vorbehalten werden, sind, ihrer Bestimmung nach, von verschiedener Art, die man auch durch besondere Benennungen andeutet. Von einigen ist sowohl die Proprietät, als die Benützung und Verwendung (vermittelst des Staatsoberhauptes), zur Bestreitung des Staatsaufwandes, der Gesammtheit ausschließend vorbehalten. Man nennt sie das Staatsvermögen (Aerarium, Staatscasse, — auch Fiscus oder Fiscalgüter, §. 1472). — Die Zweige desselben zu bestimmen, steht der Staatswirthschaft und politischen Gesetzgebung zu. Die gegenwärtig bestehenden vorzüglichsten Gegenstände dieses Staatsvermögens sind im Paragraphe angegeben.

2) Ueber andere im Staatsgebiethe befindlichen Sachen hat sich zwar die Staatsverwaltung die Proprietät vorbehalten; der Gebrauch derselben aber gebührt, vermöge ihrer Beschaffenheit und angemessensten Bestimmung, allen Mitgliedern des Staates, und selbst Fremden, in so fern ihnen überhaupt die Bewilligung eingeräumt ist, sich in dem Staatsgebiethe aufhalten zu können, weil die Bewilligung des Aufenthaltes stillschweigend auch immer die Bewilligung zum Gebrauche dieser Gegenstände in sich enthalten muß. Solche Sachen nennt man allgemeines öffentliches Gut, und dieser §. führt als solches „Landstraßen, Ströme, Flüsse, Seehäfen und Meeresufer" auf.

3) Wieder andere Sachen werden weder vom Staate noch von Privaten unmittelbar besessen, noch auch von einem aus beyden benützt; oft ist sogar ihre Existenz unbekannt. Von dieser Art sind z. B. öde liegende Grundstücke, Steine am Ufer eines Flusses, viele unterirdische Erzeugnisse u. dgl. Diese Gegenstände sind kein Privatgut, man kann sie aber auch, aus oben

angeführtem Grunde (§. 286, Nr. 1), nicht als herrenlos ansehen; sondern es gebührt dem Staate ein vorzügliches Recht hierauf; er hätte das unstreitige Recht, jeden Andern von der Benützung derselben auszuschließen; allein mehrere Klugheitsgründe, wie z. B. damit sie früher entdecket, bearbeitet, zum Gebrauche vervollkommet und in Umlauf gesetzt werden, bestimmen ihn, sie den Mitgliedern des Staates zur Zueignung (Occupation, §. 381), als freystehende Sachen, zu überlassen. Durch die erfolgte Zueignung gehen sie in ein Privatgut über [1]).

4) Dieser §. redet nur von Mitgliedern des Staates, und deutet dadurch an, daß im Allgemeinen die Fremden von dem Occupationsrechte auf dem österreichischen Staatsgebiethe ausgeschlossen seyen. Der §. 33, der öfters für die gegentheilige Behauptung angeführt zu werden pflegt, scheint vielmehr für, als gegen obige Behauptung zu sprechen, denn er räumt den Fremden nur in jenen Fällen gleiche Rechte mit den Eingebornen ein, wo zum Genusse derselben nicht ausdrücklich die Eigenschaft eines Staatsbürgers erfordert wird. — Nun wird aber eben hier ausdrücklich nur den Mitgliedern des Staates das Recht zu occupiren eingeräumt. Meine Ueberzeugung hierüber ist folgende: Hat der Fremde ohne Bewilligung unserer Staatsverwaltung das österreichische Gebieth betreten, so kann ihm kein Occupationsrecht zugesprochen werden; denn in diesem Falle sprechen sowohl die Worte des §., welche nur auf österreichische Staatsbürger hindeuten, als auch der Geist des Gesetzes für die Ausschließung der Fremden vom Occupationsrechte. Denn wie kann es in der Absicht des höchsten Gesetzgebers liegen, den Fremden die Bewilligung zur Ausübung eines Rechtes zu gestatten, welche nur durch Beseitigung und Uebertretung seiner gegebenen Vorschriften möglich wäre? — Hat aber der Fremde mit Bewilligung der österreichischen Staatsverwaltung unser Staatsgebieth betreten, dann wird er auch als ein zeitlicher Unterthan, folglich zeitliches Mitglied unseres Staates betrachtet — und es kommt ihm in dieser Hinsicht auch das Occupationsrecht zu Statten. Wollte

---

1) Siehe v. Zeillers Commentar, Nr. 1.

man behaupten, daß der gegenwärtige §. bloß von ewigen Mitgliedern des Staates, eigentlichen Staatsbürgern, spreche, so müßte man den Fremden, welche mit Bewilligung des Staates in unser Staatsgebieth eintraten, consequenter Weise auch den Gebrauch der Landstraßen, Ströme, Flüsse u. s. w. versagen, was doch ein Unding wäre.

§. 288.

Gemeindegut, Gemeindevermögen.

Auf gleiche Weise machen die Sachen, welche nach der Landesverfassung zum Gebrauche eines jeden Mitgliedes einer Gemeinde dienen, das Gemeindegut; diejenigen aber, deren Einkünfte zur Bestreitung der Gemeindeauslagen bestimmt sind, das Gemeindevermögen aus.

In Ansehung der den Gemeinden angehörigen Güter macht man einen ähnlichen Unterschied, wie bey dem Staatsvermögen. Man unterscheidet nähmlich Gemeindevermögen von Gemeindegut, und versteht unter ersterem jene Güter, welche zur Bestreitung der gemeinschaftlichen Lasten und Auslagen der Gemeinde bestimmt sind, und welche daher von den einzelnen Gemeindegliedern nicht benützt werden dürfen; unter den letzteren aber solche, welche von den einzelnen Mitgliedern der Gemeinde benützt werden, wie z. B. Gemeindeweiden, wo die einzelnen Mitglieder der Gemeinde ihr Vieh weiden lassen, oder Gemeindewaldungen, wo jedes einzelne Gemeindemitglied nach seinem Bedürfnisse Holz fällen läßt, u. dgl. Die nähere Bestimmung der Gegenstände, welche zu einer oder zu der andern Classe gehören, muß aus der besondern Landesverfassung, und der Gemeindeverfassung insbesondere, dann den politischen Gesetzen hergehohlet werden. In dem bürgerlichen Gesetzbuche wird auf diesen Unterschied nur hingedeutet.

§. 289.

Privatgut des Landesfürsten.

Auch dasjenige Vermögen des Landesfürsten, welches er nicht als Oberhaupt des Staates besitzt, wird als ein Privatgut betrachtet.

Der Landesfürst verwaltet das gesammte, dem Staate angehörige Vermögen, und besitzt dasselbe als das Oberhaupt des Staates. Aber er kann für sich auch ein Vermögen haben, und von diesem wird hier eine Erwähnung gemacht.

§. 290.

Allgemeine Vorschrift in Rücksicht dieser verschiedenen Arten der Güter.

Die in diesem Privatrechte enthaltenen Vorschriften über die Art, wie Sachen rechtmäßig erworben, erhalten und auf Andere übertragen werden können, sind in der Regel auch von den Verwaltern der Staats- und Gemeindegüter, oder des Staats- und Gemeindevermögens zu beobachten. Die in Hinsicht auf die Verwaltung und den Gebrauch dieser Güter sich beziehenden Abweichungen und besondern Vorschriften sind in dem Staatsrechte und in den politischen Verordnungen enthalten.

Das Privatrecht hat, in so fern es das Sachenrecht behandelt, hauptsächlich die Arten, wie Eigenthum und andere dingliche oder persönliche Sachenrechte erworben, und wie sie sicher gestellt, umgeändert oder aufgehoben werden, zum Gegenstande. Es ist für alle Geschäfte solcher Art als ein allgemeines Recht, eine allgemeine Regel bestimmt, wornach sich alle diejenigen, die sich in solche Geschäfte im eigenen oder fremden Nahmen einlassen, zu benehmen haben, und nach welchen der Richter die Gültigkeit des Geschäftes zu beurtheilen hat, gleichviel, von welchen Personen das Geschäft geschlossen worden ist. — Indessen

gilt hier das Gesagte bloß als Regel, welche allerdings auch Ausnahmen zuläßt. Diese Ausnahmen oder Abweichungen müssen aber ausdrücklich festgesetzt, und in so fern sie sich nicht auf allgemein kundgemachte Gesetze gründen, von demjenigen erwiesen werden, der sich hierauf berufet. — Dieses gilt vorzüglich von den Verwaltern der Staats- oder Gemeindegüter oder derley Vermögens. Diese müssen, so wie jeder Private, wenn es sich um Erwerbung eines Eigenthums-, Pfand- oder Servitutsrechtes, oder um eine Erbschaft handelt, die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches beobachten, und würde z. B. ein nicht mit den im Gesetzbuche vorgeschriebenen Förmlichkeiten versehenes Einverleibungsgesuch von dem Landrechte oder der Grundbuchsbehörde ohne weiters zurückgewiesen werden. — Ein Vorbehalt, daß alle richterlichen Entscheidungen hierüber ausgeschlossen seyn sollen, ist durchaus unzulässig. Darum ist auch vorgeschrieben, daß bey Contracten, die für das höchste Aerarium geschlossen werden, sich immer des Beystandes eines rechtskundigen Mitgliedes der Kammer-Procuratur, oder in deren Ermangelung, eines beeidigten, öffentlichen Sachwalters, oder auch eines Rathes einer Civil- oder Militär-Justizbehörde zu bedienen sey, damit diese Geschäfte deutlich und bestimmt zu Stande gebracht werden. Es sind daher sämmtliche Justizbehörden angewiesen, in jenen Orten, wo keine k. k. Kammer-Procuratur, noch beeidigte öffentliche Sachwalter bestehen, den betreffenden Aerarialbehörden, welche in die Lage kommen, in dem Gerichtsorte einen Contract im Nahmen des Aerariums abzuschließen, auf ihr Ansuchen einen rechtsverständigen Justizbeamten beyzugeben, welcher der contrahirenden Aerarialbehörde bey der Prüfung der Rechtsbündigkeit der von dem Mitcontrahenten dazu allenfalls eingelegten Vollmacht, bey dem Contractsaufsatze, zur Erreichung der gehörigen Deutlichkeit und Bestimmtheit, und da, wo Erfüllungscautionen bedungen werden, bey Beurtheilung der Rechtsgültigkeit und Sicherheit derselben an Handen zu gehen hat [1]). Die in Ansehung dieser

1) Hofdecret vom 10. November 1815. Just. Ges. S., Nr. 1188, wo ebenfalls angeordnet ist, daß nur gegen Einlegung specieller, auf das Geschäft lautender und gehörig legalisirter Landiger Vollmachten, Aerarial-Contracte abzuschlie-

Güter bestehenden Ausnahmen und Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuches werden, in so fern sie sich auf allgemein kundgemachte Vorschriften gründen, an den zukömmlichen Orten berühret werden.

§. 291.

Eintheilung der Sachen nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit.

Die Sachen werden, nach dem Unterschiede ihrer Beschaffenheit, eingetheilt: in körperliche und unkörperliche; in bewegliche und unbewegliche; in verbrauchbare und unverbrauchbare; in schätzbare und unschätzbare.

1) Die Sachen lassen sich, in Rücksicht ihrer innern Beschaffenheit, mannigfaltig unterscheiden. Doch nicht jede Unterscheidung ist, in juridischer Hinsicht, von Wichtigkeit. Der Gesetzgeber hebt daher hier aus den mannigfaltigen Eintheilungen, welche gemacht werden können, diejenigen aus, welche in Beziehung auf das rechtliche Verhältniß von größerer Wichtigkeit sind.

2) Das Gesetzbuch für Westgallizien enthält noch eine fünfte Eintheilung, nähmlich in theilbare und untheilbare Sachen — welche hier weggelassen ist, wahrscheinlich, weil diese Eintheilung nicht als practisch-wichtig angesehen worden ist. — Allein da dieser Unterschied doch wirklich besteht, und in dem bürgerlichen Gesetzbuche selbst an einigen Orten hierauf Rücksicht genommen worden ist, so scheint es für einen Commentator auch hier am Platze zu seyn, davon eine Erwähnung zu machen und den Begriff festzustellen, welcher ohne Zweifel aus dem hier oben erwähnten Gesetzbuche genommen werden muß.

Dasselbe enthält aber hierüber folgende Erklärung: „Alle Sachen, die nach ihrer Trennung noch ihre vorige Wesenheit und Benennung beybehalten, werden theilbare Sachen genannt;

---

sen seyen, und dabey vorzüglich auf die Nothwendigkeit oder Thunlichkeit einer angemessenen Erfüllungs-Caution Bedacht zu nehmen sey, ohne dadurch verlaßlichen und sichern Offerenten überflüssige Schwierigkeiten in den Weg zu legen.

dergleichen sind: Wein, Getreide, Grundstücke. Andere Sachen, die nicht von einander getrennt werden können, nennt man untheilbar. Die Untheilbarkeit gründet sich entweder auf die Natur einer Sache, wenn die Absonderung der Theile nicht ohne Verletzung oder Veränderung der Substanz möglich ist; oder sie gründet sich auf das Gesetz, wenn dieses die Trennung der Bestandtheile verbiethet; Beyspiele der ersten Art sind ein Pflug, ein Gemälde, eine Orgel. Beyspiele der zweyten Art sind manche Bauerngüter [1])." Von diesen untheilbaren Sachen wird bey Erläuterung des §. 843 umständlich gehandelt werden.

§. 292.

Körperliche und unkörperliche Sachen.

Körperliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne fallen; sonst heißen sie unkörperliche, z. B. das Recht zu jagen, zu fischen und alle andern Rechte.

1) Die zuerst hier vorkommende Unterscheidung zwischen körperlichen und unkörperlichen ist hauptsächlich zu der Bemerkung dienlich, daß auch die Rechte und Rechtsverhältnisse und die Leistungen der Menschen, oder der vernunftlosen Wesen, z. B. der Thiere, unter der Benennung „Sachen" begriffen seyen. Daß aber auch die Qualitäten einer Sache wieder als eine für sich bestehende Sache, nach dem Sinne der österreichischen Civilgesetzgebung, wie z. B. die angenehme Lage des Hauses, die freye Aussicht u. s. w., anzusehen seyen, wie v. Zeiller behauptet, scheint mir nicht richtig. Diese Ansicht, wenn man sie consequent durchführen, und sohin dasjenige, was in den Gesetzen von Sachen ausgesagt wird, auch auf die erwähnten Verhältnisse und Eigenschaften anwenden wollte, würde zu Resultaten führen, welche die Billigung eines Rechtsgelehrten gewiß nicht erhalten würden. Gibt es ein Eigenthum der freyen Aussicht, oder der angenehmen Lage eines Hauses, so greift derjenige, der die freye Aussicht verbauet, oder der angenehmen Lage Schaden zufüget,

1) Bürgerl. Gesetzbuch für Westgallizien. 2. Th., 1. Hauptstück, §. 21.

offenbar in das Eigenthumsrecht des Andern ein. Sollten aber wirklich diese Handlungen als Eingriffe in das Eigenthumsrecht angesehen werden, so würde die ganze Grundlage der Lehre der Servituten verrückt, und selbe müßte sich daher offenbar anders gestalten, als sie aus den Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuches in dem Hauptstücke: „von den Dienstbarkeiten," selbst hervorleuchtet.

2) Schuldforderungen gehören an und für sich, da sie gleichfalls nichts als Rechte sind, unter die unkörperlichen Sachen. Ist aber die Forderung mit dem Besitze einer körperlichen Sache nothwendig verbunden, so nimmt sie selbst die Eigenschaft einer körperlichen Sache eben so an, wie ein Recht, das mit einer unbeweglichen Sache in Verbindung gesetzt wird, gleichfalls als eine unbewegliche Sache angesehen wird (§. 298). Daher gehören Schuldbriefe, die auf den Ueberbringer lauten, unter die körperlichen Sachen, obschon dasjenige, was eigentlich in die Sinne fällt, das Stück Papier, und die Tinte oder Druckerschwärze, welche sich darauf befindet, hier eigentlich nicht, sondern nur die Forderung an den Staat, oder an den betroffenen Privaten, in Betrachtung kömmt. Allein diese Forderung ist mit dem Besitze des Papieres so innig verbunden, daß erstere ohne letzteres nicht gedacht werden kann. Eine unkörperliche Sache kann unmöglich von Hand zu Hand übergeben werden; nach §. 1393 werden aber Schuldforderungen, worüber Schuldbriefe, die auf den Ueberbringer lauten, bestehen, durch die bloße Uebergabe dem Letztern abgetreten. Es kann daher gar kein Zweifel seyn, daß solche Schuldforderungen unter die körperlichen Sachen, in juristischer Beziehung, zu zählen seyen.

3) Schuldforderungen, worüber Schuldscheine bestehen, die auf bestimmte Nahmen lauten, können an und für sich nur den unkörperlichen Sachen beygezählt werden; denn der Schuldschein ist hier nur ein Beweismittel der Forderung, keineswegs die Schuldforderung selbst, und steht mit derselben auch in keiner unumgänglich nothwendigen Verbindung, da der Inhaber des Schuldbriefes wohl über selben, aber nicht über die dadurch begründete Forderung zu disponiren im Stande ist. Indessen wer-

den von dem Gesetze auch solche Schuldforderungen, da sie durch den Schuldschein gleichsam repräsentirt werden, in vielen Beziehungen den körperlichen Sachen beygezählet. Sie werden durch Uebergabe der Schulddocumente gleichfalls übergeben (§. 427), und wenn ein Schrank, ein Kasten oder eine Lade mit allen darin befindlichen Sachen, worunter doch nur körperliche verstanden werden können, da unkörperliche, nicht in die Sinne fallende Sachen unmöglich in einem Behältnisse aufbewahrt werden können, vermacht wird, und sich in der Lade nichts als solche Urkunden befinden, so wird der Legatar Eigenthümer der durch diese Urkunden begründeten Forderungen (§. 677).

4) Oft wird, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, durch das nähmliche Wort, vermöge seines Doppelsinnes, bald eine körperliche, bald eine unkörperliche Sache angedeutet. So ist Geld, als eine Quantität betrachtet, eine unkörperliche, z. B. Pfund Sterling; dagegen das wirkliche (physische) Vorstellungszeichen, wie die geprägte Münze, eine körperliche Sache.

§. 293.

Bewegliche und unbewegliche Sachen.

Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz, von einer Stelle zur andern versetzt werden können, sind beweglich; im entgegengesetzten Falle sind sie unbeweglich. Sachen, die an sich beweglich sind, werden im rechtlichen Sinne für unbeweglich gehalten, wenn sie, vermöge des Gesetzes, oder der Bestimmung des Eigenthümers, das Zugehör einer unbeweglichen Sache ausmachen.

1) Die körperlichen Sachen sind wieder entweder b e w e g l i c h e oder u n b e w e g l i c h e. Diese Eintheilung ist in verschiedenen Beziehungen, besonders aber in Rücksicht der Art der Besitz- und Eigenthums-Erwerbung, dann der Verjährung sehr wichtig. Der Unterschied zwischen einer a n s i c h beweglichen und unbeweglichen

Sache hängt von ihrer Beschaffenheit ab, ob sie durch eigene oder fremde Kraft, unbeschadet ihrer Substanz, von einem Orte an den andern bewegt werden könne oder nicht.

Unter der Substanz einer Sache versteht man dasjenige, was als beharrlich in ihr gedacht wird und von ihr nicht weggedacht werden kann, ohne daß die Sache aufhöre, das zu seyn, was sie ist, oder vermöge ihrer Bestimmung seyn soll; daher sowohl die materiellen Bestandtheile, als die Form, wodurch die Sache charakterisirt wird. So lange also durch die Aenderung oder Verwechselung einzelner Theile die Sache weder vernichtet, noch die Hauptbestimmung derselben geändert wird, so lange fällt keine Veränderung in der Substanz vor. So z. B. bleiben Thiere, Kleidungsstücke, Geräthschaften, wandelbare Maschinen, wenn sie auch versetzt werden, noch immer, was sie waren, und entsprechen noch immer ihrer vorigen Bestimmung. Dieses ist auch der Fall mit Markthütten, welche nach Beendigung jeder Marktzeit abgebrochen werden, und bey wieder herannahendem Markte immer neu aufgerichtet werden. Sie sind daher an und für sich als bewegliche Sachen anzusehen; in welchen Fällen sie aber zu den unbeweglichen Sachen gerechnet werden, wird weiter unten (§. 296) vorkommen. Grundstücke, feste Gebäude sind als solche unübertragbar, sohin unbeweglich. Uebrigens kann, wenn die Frage entsteht, ob eine Sache, ohne Verletzung ihrer Substanz, von einer Stelle zur andern versetzt werden könne, nur eine gewöhnliche Kraftäußerung, nicht aber auch eine außerordentliche in Betrachtung kommen. Ein Gebäude wird dadurch zu keiner beweglichen Sache, wenn dargethan werden kann, daß selbes, mittelst besonders eingerichteten künstlichen Maschinen, wirklich ohne Verletzung der Substanz an einen andern Ort übersetzt werden könne.

Die beweglichen Sachen eines Besitzers heißen auch sein Mobilarvermögen, das aber von Mobilien oder Möbeln, welche nur einen Theil des Mobilarvermögens ausmachen, unterschieden werden muß (§. 764).

2) Schiffmühlen sind, da sie, ohne Verletzung der Substanz, von einem Orte zum andern gebracht werden können, ohne Zwei-

fel zu den beweglichen Sachen zu rechnen, als welche sie ausdrücklich erklärt sind [1]). Sie gehören daher nicht in die Grundbücher, und können auch Pfandrechte auf dieselben, durch Eintragung der Forderungen in die Grundbücher, nicht erworben werden. Was die Schiffmühl-Gerechtigkeiten anbelangt, so sind dieselben nach den bestehenden Gewerbsgesetzen zu beurtheilen. — Früher mußten aber verschiedene Grundbuchsbehörden diese Schiffmühlen als unbewegliche Sachen angesehen haben, weil hierüber ordentliche Grundbücher geführt, und hierauf die auf Schiffmühlen erworbenen dinglichen Rechte eingetragen worden sind. Es wurde daher erklärt, daß die durch Einverleibung oder Vormerkung in den an einigen Orten vorhin üblichen Grundbüchern über Schiffmühlen oder sogenannten Haftbüchern bereits erworbenen dinglichen Rechte durch obgedachte Verordnung nicht aufgehoben worden seyen. Gläubiger, welche bis zur Zeit, wo die Entschließung vom 9. May 1824 in eben der Provinz durch Circular der Landesstelle allgemein kundgemacht worden ist, eine Einverleibung oder Vormerkung bewirkt haben, bleiben daher im Besitze ihres Pfandrechtes. Ihre Forderungen können abgetreten, verpfändet oder vererbt, und die hierüber errichteten Urkunden noch fernerhin einverleibt und vorgemerkt werden. Jedoch findet auch bey Schiffmühlen, worauf bereits Hypotheken haften, eine Einverleibung oder Vormerkung neuer Schuldposten von nun an nicht mehr Statt. Zugleich wurde anbefohlen, daß in den Grundbüchern, worin bisher Schiffmühlen allein oder neben unbeweglichen Gütern erschienen sind, die Rubriken der schuldenfreyen Schiffmühlen sogleich, die Rubriken derjenigen Schiffmühlen aber, worauf Schulden haften, erst, wenn diese getilgt und auf gesetzmäßige Art gelöscht sind, ebenfalls gelöscht werden sollen [2]).

3) Jede Sache besteht aus einzelnen Theilen, und es können diese einzelnen, mit einander in Verbindung stehenden Theile wieder als ein Ganzes, als *eine* Sache, angesehen werden. Allein in so fern diese einzelnen Theile die Hauptbestandtheile

1) Höchste Entschließung vom 9., und Justiz-Hofdecret vom 23. May 1824. J. G. S., Nr. 2011.

2) Justiz-Hofdecret vom 23. Juny 1827. Wagn. Zeitsch. 7. Heft, S. 291.

der Sache bilden, werden sie, in so lange sie mit einander in Verbindung stehen, ganz so behandelt, wie das Ganze, was aus ihrer Verbindung gestaltet wird. So z. B. besteht ein Haus aus der Grundfeste, dem Dachstuhle, den darin angebrachten Gewölben, Wänden u. dgl. Daß solche Hauptbestandtheile einer unbeweglichen Sache gleichfalls wieder als unbewegliche Sachen anzusehen seyen, fällt in die Begriffe; dagegen gibt es Sachen, welche nach dem hier entwickelten Begriffe unter die beweglichen Sachen gerechnet werden müssen, allein dessenungeachtet von dem Gesetzgeber den unbeweglichen Sachen beygezählt werden, weil sie das Zugehör derselben ausmachen. Die genaueren Bestimmungen hierüber sind in den folgenden §§. enthalten.

§. 294.

Zugehör überhaupt.

Unter Zugehör versteht man dasjenige, was mit einer Sache in fortdauernde Verbindung gesetzt wird. Dahin gehören nicht nur der Zuwachs einer Sache, so lange er von derselben nicht abgesondert ist; sondern auch die Nebensachen, ohne welche die Hauptsache nicht gebraucht werden kann, oder die das Gesetz oder der Eigenthümer zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache bestimmt hat.

1) Das Gesetz erwähnt hier viererley Arten von Zugehör, nähmlich: a) den Zuwachs einer Sache; b) solche Nebensachen, ohne welche die Hauptsache nicht gebraucht werden kann; c) solche, die das Gesetz, und d) solche, die der Eigenthümer zum fortdauernden Gebrauche der Hauptsache selbst bestimmt hat. Der Begriff vom Zuwachse wird unten in dem vierten Hauptstücke angegeben. Einige vorzügliche hieher gehörige Beyspiele werden von dem höchsten Gesetzgeber selbst in dem folgenden §. angeführt.

2) Nebensachen, ohne welche die Hauptsache nicht gebraucht werden kann, kommen theils im §. 295, theils im §. 296 vor. Damit übrigens eine solche Nebensache überhaupt die Eigenschaft

eines Zugehörs annehme, muß sie mit der Hauptsache wirklich vereiniget, oder in eine, obgleich nur örtliche Verbindung gesetzt werden, da man sie in oder neben der andern zum Gebrauche derselben verwahret. Die bloße Absicht, sie in Verbindung zu setzen, ist noch nicht hinreichend, und sobald die Nebensache von der Hauptsache für immer abgesondert wird, verliert sie die Eigenschaft eines Pertinenzstückes. Wenn sich daher Jemand zum Gebrauche seines Landgutes bereits Ackerbaugeräthschaften angekauft, sie aber noch in seinem Hause in der Stadt aufbewahrt hätte, so haben dieselben die Eigenschaft eines Zugehörs noch nicht erhalten.

3) Das Gesetz erklärt unter Zugehör dasjenige, was mit einer Sache in fortdauernde Verbindung gesetzt wird, ohne Unterschied, ob dasselbe auch das Eigenthum des Besitzers der Hauptsache war oder nicht. Es entsteht daher die Frage: ob eine fremde, bewegliche Sache dadurch, daß sie von dem Eigenthümer der unbeweglichen Sache zum Gebrauche der letztern bleibend verwendet wird, ebenfalls die Eigenschaft der unbeweglichen Sache annehme? — Zeiller beantwortet sie verneinend, da er sagt, daß der Besitzer der Hauptsache seine eigenthümliche Sache vereinigen müsse, weil er eine fremde Sache, ohne Willen des Eigenthümers, in ein Zugehör seines Eigenthums umzuschaffen nicht berechtiget ist. Allein ob die Vereinigung mit Recht geschehen konnte oder nicht, scheint mir auf den Begriff des Zugehörs keinen Einfluß zu haben. Das Zugehör ist ein rechtlicher Bestandtheil eines unbeweglichen Gutes, und ist dadurch in rechtlicher Beziehung gewissermaßen den physischen Bestandtheilen gleichgesetzt, und so wie z. B. eine Mauer dadurch nicht aufhört, den Bestandtheil eines Hauses auszumachen, wenn der Eigenthümer des letztern sie aus fremden Materialien aufgeführt hat, so wenig hört dadurch eine, seiner Natur nach als Pertinenzstück anzusehende, Sache auf, Pertinenzstück zu seyn, wenn der Eigenthümer der unbeweglichen Sache sie widerrechtlicher Weise zum Gebrauche derselben widmet. Eine solche Vereinigung ist als ein Zuwachs anzusehen, und nach den §§. 414 u. 415 aufgestellten Grundsätzen zu behandeln, aus welchen hervorgeht, daß der Eigenthümer der

Hauptsache durch diese eigenmächtige Vereinigung noch keineswegs einen Anspruch auf das fremde Eigenthum erlange, sondern sie dem Eigenthümer wieder zurückstellen müsse. Zum Beweise des practischen Einflusses meiner Behauptung will ich nun einige Folgerungen hier anführen. Verkauft **A** dem **B** sein Landgut mit den dabey befindlichen (fremden) Ackerbaugeräthschaften, so kömmt **B**, nach meiner Ansicht, zugleich mit der grundbüchlichen Umschreibung an das erstere, auch in Besitz der letztern, ohne daß eine körperliche Uebergabe dieser Ackerbaugeräthschaften nöthig wäre; — nach der gegentheiligen Ansicht müßten aber diese Ackerbaugeräthschaften, damit der Käufer in den Besitz derselben komme, insbesondere entweder von Hand zu Hand, oder doch auf eine symbolische Art und Weise übergeben werden. Läßt der **C** seine Schuldforderung auf das Bauerngut des **D** intabuliren, so erlangt ersterer eben dadurch auch das Pfandrecht auf den fundus instructus, gesetzt auch, daß unter diesem solche Sachen befindlich wären, die dem **D** nicht angehören. Würde der **E** ordnungswidrig eine Pfändung dieses fundus instructus erwirken, so würde, wenn die gegentheilige Ansicht richtig seyn sollte, diese Pfändung wenigstens zum Nachtheile des intabulirten Gläubigers, in Betreff jener Sachen, die dem **D** eigenthümlich angehören, von keiner Rechtswirkung seyn; wohl aber würde ihm das Pfandrecht auf jene Sache zustehen, die dem **D** von einem Dritten anvertraut worden waren. (§§. 367 und 456.) Der Gläubiger müßte sohin, um bey Erwerbung des Pfandrechtes auf den fundus instructus keiner Gefahr ausgesetzt zu seyn, immer, nebst der Intabulation der Forderung, auch die Pfändung der Zugehörungen zu erwirken trachten. Hat der Eigenthümer der beweglichen Sache diese selbst dem Eigenthümer der unbeweglichen Sache zum fortdauernden Gebrauche derselben überlassen, so kann er sich eben so wenig beschwert fühlen, wenn die intabulirten Gläubiger, die diese zum Gebrauche des unbeweglichen Gutes bestimmten Sachen mit vollem Rechte als Eigenthum des Besitzers der Hauptsache ansehen, ihre Pfandrechte hierauf realisiren, als sich im Falle des §. 456 der Eigenthümer einer Sache gekränkt fühlen kann, wenn er diese einem Dritten anvertraut hatte,

und selbe dann von den Gläubigern, die sich hierauf ein Pfandrecht einräumen ließen, in Anspruch genommen wird.

4) Der gegenwärtige §. stellt den Begriff eines Zugehörs überhaupt auf, ohne denselben gerade mit der Beziehung auf unbewegliche Sachen zu beschränken, obschon nicht in Abrede gestellt werden kann, daß der Gesetzgeber hier hauptsächlich nur die Zugehörungen der unbeweglichen Sachen vor Augen gehabt habe; was aus der Stellung dieses §. zwischen dem §. 293 und dem nachfolgenden deutlich erhellet, in welchen nur von Zugehörungen der unbeweglichen Sachen eine Rede ist. Beyspiele solcher Zugehörungen beweglicher Sachen werden in dem Gesetzbuche nirgends aufgeführt. Das preußische Landrecht [1]) führt mehrere auf, die, nach dem im gegenwärtigen §. aufgestellten Begriffe eines Zugehörs, auch nach österreichischem Rechte als solche gelten können. So können zu den Pertinenzstücken einer Bibliothek die Repositorien und Schränke, in welchen sich die Bücher befinden, dann die Erd- und Himmelskugeln, Landkarten, Zeichnungen und Kupferstiche, in so fern letztere nicht in Rahmen gefaßt sind, gerechnet werden; eben so gehören zu Naturalien- und Kunstsammlungen die zu deren Aufstellung gewidmeten Behältnisse; dagegen sind Bildsäulen und andere Sachen, die außer den Behältnissen, bloß zur Auszierung des Zimmers bestimmt waren, keine Pertinenzstücke der Bibliothek und des Naturaliencabinets. Zu einzelnen Thieren gehören bloß die zu ihrer Bewahrung nöthigen Geräthschaften, nicht aber, was sonst zum Gebrauche oder zur Auszierung derselben bestimmt ist. Zum Schmuck und Pretiosen gehören auch die bloß zu ihrer Verwahrung bestimmten Futterale. — Der Inbegriff der zu einer beweglichen Sache gehörigen beweglichen Pertinenzstücke wird Inventarium genannt.

§. 295.

Insbesondere bey Grundstücken und Teichen,

Gras, Bäume, Früchte und alle brauchbare Dinge, welche die Erde auf ihrer Oberfläche hervor-

1) Erster Theil, 2. Tit. §§. 96 — 107.

bringt, bleiben so lange ein unbewegliches Vermögen, als sie nicht von Grund und Boden abgesondert worden sind. Selbst die Fische in einem Teiche, und das Wild in einem Walde werden erst dann ein bewegliches Gut, wenn der Teich gefischet, und das Wild gefangen oder erlegt worden ist.

1) Daß der Zuwachs einer unbeweglichen Sache, welcher durch innere, der Sache beywohnende Kraft mit derselben in Verbindung gesetzt wird, als deren Zugehör anzusehen, und daher zu den unbeweglichen Gütern zu zählen sey, wurde bereits im vorigen §. erwähnt. Hier fügt der §. die Beschränkung hinzu, daß demselben diese Eigenschaft nur in so lange zukomme, als er noch mit Grund und Boden in Verbindung steht. Wird diese Verbindung aufgehoben, so hört er auf, unbewegliches Vermögen zu seyn, und wird in bewegliches umgewandelt. Eine Ausnahme von dieser Beschränkung kommt im folgenden §. vor.

2) Die in einem Teiche sich befindlichen Fische werden gleichfalls als ein Zugehör desselben, und sohin als eine unbewegliche Sache angesehen; sie verlieren aber diese Qualität, wenn sie gefangen werden. — Aus dem im vorigen §. schon im Allgemeinen aufgestellten Begriffe eines Zugehörs geht übrigens hervor, daß auch die Teichgeräthe, als: Netze, Bottiche und Fässer, Pertinenzstücke des Teiches sind.

3) Das Wild in einem Walde ist, in so lange es nicht gefangen oder erlegt worden ist, gleichfalls als Zugehör desselben, und sohin als unbewegliches Gut zu behandeln.

§. 296.

Auch das Getreide, das Holz, das Viehfutter und alle übrige, obgleich schon eingebrachte Erzeugnisse, so wie alles Vieh, und alle zu einem liegenden Gute gehörige Werkzeuge und Geräthschaften, werden in so fern für unbewegliche

Sachen gehalten, als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind.

1) Hier ist die Ausnahme von der Regel, daß der natürliche Zuwachs und die Früchte aufhören, ein Zugehör zu seyn, sobald sie von dem Grundstücke oder Gewässer abgesondert, z. B. die Früchte gesammelt, das Holz gefällt, die Thiere gefangen worden sind. — Diese behalten nähmlich, nach der Vorschrift des gegenwärtigen §., die Eigenschaft eines Zugehörs in so weit und in so lange, als sie zur fernern Cultur und Benützung der Hauptsache, nach echten öconomischen Grundsätzen, aufbewahrt werden, als: Der Vorrath an natürlicher und künstlicher Düngung, an Ansaat, an gefälltem Holze und an andern Gutserzeugnissen in dem Maße, als sie zur Fortsetzung der Wirthschaft erforderlich sind, bis solche Erzeugnisse aus dem Gute neuerdings bezogen werden können.

2) Nebst dem natürlichen Zuwachse sind aber überhaupt diejenigen an sich beweglichen Sachen als Pertinenzstücke eines unbeweglichen Gutes, somit als unbeweglich anzusehen, welche deren Eigenthümer bey dem Gute zur Cultur und fortdauernden Benützung aufbewahret. Dergleichen sind: das auf dem Gute befindliche, zu dessen Bewirthschaftung bestimmte Zug- und Lastvieh, sammt den zur Erhaltung des Bestandes erforderlichen Jungen; dagegen ist dasjenige Vieh, welches bloß zum Verkaufe oder Hausgebrauche auf die Mast gestellt, oder bloß zum Haus- oder persönlichen Gebrauche, oder zum Vergnügen des Besitzers gehalten wird, kein Zugehör eines Landgutes. Da bey einem Landgute gewöhnlich auch gemeines Federvieh gehalten wird, so sind die bey einem solchen vorhandenen gemeinen Hühner, Gänse, Enten, Tauben und Truthühner gleichfalls als Zugehör anzusehen. Nicht minder sind als Pertinenzstücke eines unbeweglichen Gutes zu behandeln, die zur Wirthschaft oder ordentlichen Benützung dienlichen Werkzeuge, Gefäße, Rüstungen und Gebäude, wie die Ackergeräthschaften, alle zum Behufe eines Weinbergs angelegten Geländer und Pressen, dann die in dem Weingarten befindlichen Weinpfähle, wie auch die zur Bearbeitung des Weinberges, Ein-

sammlung der Trauben und Verwahrung des Mostes, nicht aber zur fernern Aufbewahrung des Weines vorhandenen Geräthschaften und Gefäße; in Gärten die Blumentöpfe, Orangerien, die in freyer Luft aufgerichteten Bildsäulen und Gemählde, so wie auch die zur genauern Kenntniß des Gutes und der damit verbundenen Gerechtsame gehörigen Risse, Karten und Urkunden [1]).

3) Pertinenzstücke nehmen, so lange sie bey der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Theil. — Darum gilt bey der mittelbaren Besitzergreifung die Regel: daß, wer in den Besitz der Hauptsache tritt, zugleich auch alle Pertinenzstücke in Besitz nimmt. Beym Kaufen hat der Käufer das Recht, mit der Hauptsache auch die Uebergabe der Pertinenzstücke derselben, welche zur Zeit des Kaufes der Verkäufer besitzt, zu verlangen. Wenn Jemanden eine unbewegliche Sache legirt wird, so hat er ohne Zweifel einen Anspruch auf die zur Zeit des Ablebens des Erblassers bey dieser Sache vorhanden gewesenen Pertinenzstücke. — Wem der Nießbrauch an einer Sache zusteht, der kann auch die Zugehörungen derselben zur Benützung verlangen. Bey der Verpfändung einer Sache sind die Zugehörungen derselben jederzeit für mitverpfändet zu achten, und insonderheit erstreckt sich die auf ein Landgut bestellte Hypothek auch auf den zur Zeit der Pfandrechtserwerbung dabey befindlichen fundus instructus. Darum schreibt auch das Justizhofdecret vom 7. April 1826 [2]) ausdrücklich vor, „daß bey dem Umstande, da das auf einem unbeweglichen Gute befindliche Getreide, Holz, Futter, Geräthe und Vieh, in so fern dasselbe zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich ist, als eine unbewegliche Sache, und als Zugehör, mithin als Bestandtheil des Gutes selbst zu betrachten ist, sohin dergleichen Gegenstände nicht abgesondert in die Execution gezogen, und dabey nach den für Fahrnisse ertheilten Vorschriften behandelt werden können, sondern nur mit dem unbeweglichen Gute, wohin sie gehören, zugleich, und nach den für unbewegliches Vermögen geltenden Gesetzen geschätzt und versteigert

1) Siehe Zeillers Commentar, Nr. 1 u. 2

2) Gouttа's Gesetzs. 27. B., S. 127.

werden können." Es muß daher immer bey Schätzung eines unbeweglichen Gutes auf dieses Zugehör Rücksicht genommen werden, und zwar in zweyfacher Beziehung: einmahl muß ausgemittelt werden, welche Quantität an dem vorräthigen Getreide, Holz und andern Erzeugnissen zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich ist; dann, wie viel der Werth dieses Zugehöres ausmache, um sohin den Totalwerth des unbeweglichen Gutes bestimmen zu können. Ist Gefahr vorhanden, daß der Eigenthümer vor der Versteigerung einen Theil des Zugehöres veräußere, oder überhaupt davon trenne, so ist es eben so viel, als wenn Gefahr vorhanden wäre, daß er die unbewegliche Sache selbst in einen schlechtern Zustand versetze, und die betreffenden Interessenten können dann ohne Zweifel die einstweilige Sequestration des unbeweglichen Gutes erwirken.

4) Hier glaube ich eine besondere Erwähnung von den Markthütten machen zu müssen. In manchen Orten ist nähmlich mit dem Eigenthume der an und für sich unter die beweglichen Sachen gehörigen Markthütten das Recht verbunden, dieselben an einem bestimmten Platze aufschlagen zu dürfen, welches Recht der Markthütte eigentlich ihren Werth verschafft. Darum ist auch hier das Recht, auf dem bestimmten Platze feil zu haben, als die Hauptsache, und die bewegliche Markthütte lediglich als Zugehör anzusehen, und da dieses Recht, feil zu haben, an einen bestimmten Grund und Boden geheftet ist, so ist es als eine unbewegliche Sache, und sohin auch die Markthütte als Zugehör derselben zu behandeln. Daher pflegen auch an solchen Orten ordentliche Grundbücher über solche Markthütten geführt zu werden, in welchen die Eigenthums-Anschreibungen und Intabulationen der Belastungen vorgenommen werden.

§. 297.

und bey Gebäuden.

Eben so gehören zu den unbeweglichen Sachen diejenigen, welche auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt werden, daß sie stets darauf bleiben sollen, als: Häuser und andere Gebäude

mit dem in senkrechter Linie darüber befindlichem Luftraume; ferner: nicht nur alles, was erd-, mauer-, niet- und nagelfest ist, als: Braupfannen, Branntweinkessel und eingezimmerte Schränke, sondern auch diejenigen Dinge, die zum anhaltenden Gebrauche eines Ganzen bestimmt sind, z. B. Brunneneimer, Seile, Ketten, Löschgeräthe und dergleichen.

1) In Rücksicht auf Gebäude sind unbewegliche Sachen: a) dessen Hauptbestandtheile, die damit verbundenen Nebengebäude, die Ruinen, so wie die noch an dem Orte vorfindigen Materialien eines zerstörten Gebäudes. Als ein Pertinenzstück eines Gebäudes ist alles für unbeweglich zu achten, b) was zur Erhaltung und ordentlichen Benützung eines Gebäudes überhaupt, oder c) eines Gebäudes von bestimmter Art erforderlich, oder doch, wie man aus der Beschaffenheit der Vereinigung abnimmt, von dem Eigenthümer fortdauernd dazu bestimmt ist. Dahin gehören überhaupt die zur Ausbesserung oder Meliorirung eines Gebäudes auf dem Bauplatze schon befindlichen Materialien; die befestigten Schlösser, sammt dazu gehörigen Schlüsseln; die eingegrabenen, eingemauerten und eingeschlossenen Stücke, ausgenommen, es würde aus der eigenthümlichen Beschaffenheit eines solchen Stückes erhellen, daß dasselbe nicht zum Gebrauche des Hauses, sondern der Person des bisherigen Besitzers, oder einer andern beweglichen Sache, die selbst kein Pertinenzstück ist, bestimmt sey. Insbesondere sind Pertinenzstücke eines Wohnhauses: angeschlagene Wandtapeten, Fensterläden und Jalousien, Hausglocken, befestigte Bratenwender, Oefen, sammt den Ofenthüren, ingleichen Haus- und Bodenleitern und Feuerlöschinstrumente, nicht aber auch Möbeln, Hausrath, Geräthschaften, ausgenommen, sie könnten ohne Beschädigung des Gebäudes nicht hinweggenommen werden [1]).

2) In dem nachfolgenden §. wird vorkommen, daß es sogenannte radicirte Gewerbsgerechtigkeiten gebe, welche einen Theil

1) Siehe Zeillers Commentar.

des Hauses ausmachen. Viele derselben erfordern eine ganz eigene Hauseinrichtung. Es sind daher auch Geräthschaften, welche, nach der Bestimmung eines Gebäudes, zum Betriebe eines solchen radicirten Gewerbes gewidmet sind, für ein Zugehör des Gebäudes selbst anzusehen. So gehören zu dem Hause, auf welchem eine Braugerechtigkeit radicirt ist, die im Bräuhause und Keller befindlichen Pfannen, Töpfe, Kessel, Fässer u. dgl.; zu einem Hause, worauf eine Schankgerechtigkeit haftet, alle in der Schankstube und in dem Keller vorräthigen Schankgeräthschaften, besonders die im letztern vorhandenen Fässer und Gefäße, welche zum beständigen Gebrauche bestimmt sind; zu einem Einkehrgasthofe die Betten und alle Effecten, die eigentlich zur Aufnahme und Bewirthung von Reisenden und ihres Gefolges bestimmt sind; zu einer Mühle gehört, außer den Geräthschaften, welche unmittelbar zum Betriebe des Werkes dienen, das vorräthige, zur Ausbesserung bestimmte Holz und Eisengeräthe. Zu den Pertinenzstücken einer Fabrik werden nur die zu deren Betrieb bestimmten Geräthschaften, nicht aber die vorräthigen Materialien, oder in der Arbeit befindlichen, und noch weniger die bereits verarbeiteten Sachen gerechnet. Dagegen gehören zu einer Apotheke, außer den vorhandenen Geräthschaften und Gefäßen, auch die darin befindlichen Apothekerwaaren. Bey einem Kramladen werden zwar Tische und Waarenbehältnisse, aber nicht die vorräthigen Waaren selbst, als Pertinenzstücke angesehen.

§. 298.

Rechte sind insgemein als bewegliche Sachen anzusehen.

Rechte werden den beweglichen Sachen beygezählt, wenn sie nicht mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden, oder durch die Landesverfassung für eine unbewegliche Sache erklärt sind.

1) Es ist schon oben, §. 293, erwähnt worden, daß die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche eigentlich nur auf körperliche Sachen paßt. Rechte, als unkörperliche Ge-

genstände, kann man eigentlich weder beweglich noch unbeweglich nennen. Wenn also keine rechtliche Nothwendigkeit eintritt, sie zu einer oder der andern Gattung zu rechnen, und noch mehr, wenn sie ausdrücklich von beyden abgesondert werden, sind sie weder der einen noch der andern Classe beyzuzählen; wie wenn z. B. der Erblasser den A zum Erben eingesetzt, dem B seine beweglichen, dem C die unbeweglichen Sachen vermacht hat, so bleiben dem Erben A die Rechte übrig. Hätte aber der Erblasser angeordnet: „Ich setze den A und B zu Erben, und zwar den A zu meinem unbeweglichen, den B aber zu meinem beweglichen Vermögen ein," so müßte man auch die Rechte unter die eine oder andere Classe bringen. Dieses ist z. B. auch der Fall, wenn es sich um die Frage handelt: nach welchen Gesetzen die Rechte zu beurtheilen kommen? (§. 300.)

2) In diesem §. wird nun die Regel aufgestellt, daß Rechte den beweglichen Sachen beygezählet werden. Dieses liegt, wie in dem Zeiller'schen Commentare bemerkt ist, in ihrer natürlichen Beschaffenheit; denn sie sind Befugnisse (rechtliche Qualitäten) einer Person, welche dieselbe überall hinbegleiten. Von dieser Regel haben wir zwey Ausnahmen.

3) Die erste Ausnahme machen solche Rechte, welche mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden sind, dergestalt, daß sie nur von dem Besitzer der unbeweglichen Sache ausgeübt werden können. Solche Rechte kleben gleichsam der Sache an; sie kommen der Person nur mittelst des Besitzes der unbeweglichen Sache zu, und werden daher mit selber auch auf andere Personen übertragen; denn sie sind ein Theil, ein Zugehör einer unbeweglichen Sache, folglich auch selbst für unbeweglich zu achten (§. 294). Dieses ist der Fall bey der mit Landgütern verbundenen Patrimonial-Gerichtsbarkeit, Jagdbarkeit, dem Tatz- oder dem Patronatsrechte; ferner bey Grunddienstbarkeiten (§. 473), insbesondere aber bey den auf Häusern radicirten Gerechtsamen, von denen bereits im vorigen §. eine Erwähnung geschehen ist. — Zur deutlichern Einsicht in die Natur dieser radicirten Gewerbe muß Folgendes bemerkt werden.

Es gibt dreyerley Arten von Gewerben: Personelle, radicirte und verkäufliche. Erstere sind solche, welche bloß auf die Person eines Anwerbers verliehen werden, und mit dessen Tode, falls er unverehelichet verstürbe, ohne weiters erlöschen. Nur den Witwen werden solche Gewerbe, so lange sie im Witwenstande verbleiben, keineswegs aber Kindern, fortzuführen gestattet; nur wird aus Billigkeitsgründen erlaubt, daß, wenn die Inhaber solcher Personal-Handwerksgewerbe, die ordentlich erlernt werden müssen, Bürger sind, und Söhne mit den erforderlichen Eigenschaften hinterlassen, diesen, jedoch nur ceteris paribus, wenn nähmlich ihre Mutter stirbt, oder sich an einen andern Gewerbsmann verheirathet, auch die Zahl dergleichen Gewerbe nicht übersetzt ist, der Vorzug vor andern fremden Mitwerbern eingeräumt werden möge. Sonst aber sind diese Gewerbe weder erblich noch verkäuflich, und eben so wenig einer Verpfändung oder Schuldvormerkung fähig. Sie können daher unter keinem Gesichtspuncte den Gegenstand eines Grundbuches oder irgend einer anderweiten Vormerkung abgeben [1]). Sie sind daher, da sie nicht im Verkehre stehen, als keine eigentlichen Sachen anzusehen.

Radicirte Gewerbe aber sind solche, welche ausdrücklich in der Hausgewähr enthalten sind, mithin einen wahren Theil des Hauses und seines Werthes ausmachen; sie gehören in das ordentliche Grundbuch, und kann hierauf eine Verpfändung und Schuldvormerkung nirgends anderswo, als eben bey diesem Grundbuche Platz greifen. Sie sind von dem Hause, ohne Vorwissen und eigener Bewilligung der Landesstelle nicht, mit Vorwissen und Bewilligung der letztern aber nur in so fern trennbar, als vorläufig die Sache mit denen, auf einem solchen, mit radicirtem Gewerbe versehenen Hause vorgemerkten Gläubigern, so wie auch mit der Grundherrschaft, wegen der ihr auf einem solchen radicirten Gewerbe zuwachsenden grundherrlichen Gerechtsamen, ausgeglichen und berichtiget worden ist. Eben diese Gewerbe unterliegen daher, wie alle einer grundbüch-

1) Hofdecret vom 20. Februar 1795; J. G. S., Nr. 213

lichen Realität anklebende Gerechtsame, dem Nexus der Grundobrigkeit und seinen Folgen [1]).

Daß also solche radicirte Gerechtsame unter die unbeweglichen Sachen gehören, liegt am Tage.

4) Die zweyte Ausnahme ist, wenn ein Recht durch die Landesverfassung (ausdrücklich oder stillschweigend) für eine unbewegliche Sache erklärt wird. Insbesondere erhellet dieses, wenn in den öffentlichen Büchern in dem Orte, wo sonst nur das Eigenthum von unbeweglichen Sachen eingetragen wird (in dem Gewähr- oder Hauptbuche), gewisse eigenthümliche Rechte für sich allein, z. B. das Zehent-, Berg- oder Taxrecht, eingetragen sind (§. 321). Hierunter gehören auch die oben Nr. 3 erwähnten bloß verkäuflichen Gewerbe. Diese sind nähmlich solche, welche zwar keinem Hause ankleben, doch aber von dem Inhaber an seine Kinder übertragen, verkauft, verschenkt, verpfändet werden, und mit welchen derselbe, wie mit seinem anderweiten Eigenthume, schalten kann. Sie machen zwar niemahls den Gegenstand eines Grundbuches aus, weil sie auf Grund und Boden keine Beziehung haben; sie können auch den Grundbüchern nicht eingeschaltet werden; doch werden in den Städten und Märkten, wo Magistrate sind, bey diesen, außerdem aber bey den Dorfsobrigkeiten, ordentliche Vormerkungs-Protocolle geführt, in diesen Protocollen jedem bestehenden verkäuflichen Gewerbe sein besonderes Folium gewidmet, auf diesem der Besitzstand, und die mit selbem sich ergebenden Veränderungen, mit Beziehung auf den Werth, eingeschaltet, und so auch sich hierauf beziehende Pfandschaften ordentlich eingetragen [2]).

5) Es entsteht hier die Frage: ob auch die zur Ausübung eines Gewerbes nöthigen Geräthschaften als ein Zugehör desselben anzusehen seyen? — Es fällt in die Begriffe, daß sich die Beantwortung dieser Frage nur auf die radicirten und bloß verkäuflichen Gewerbe zu beschränken habe. Was die letztern anbelangt, so können diese Geräthschaften als ein Zugehör derselben

1) Hofdecret vom 20. Februar 1795; J. G. S., Nr. 219.

2) Eben da.

nicht angesehen werden. Denn ihrer Natur nach können Rechte, wie bereits erwähnt worden ist, weder zu den beweglichen, noch unbeweglichen Sachen gerechnet werden. Sie werden nur dann in die eine oder andere Classe gereihet, wenn es die Nothwendigkeit erheischt. —

Es kann somit auch der Begriff der Beweglichkeit, in so fern er auf Rechte übertragen wird, keine größere Ausdehnung erhalten, als die Nothwendigkeit erheischt, die Rechte in die eine oder andere Classe einzureihen. Da nun jene Geräthschaften, welche zur Ausübung eines solchen Gewerbes gehören, ihrer Natur nach ohnehin entweder unter die beweglichen oder unbeweglichen Sachen gehören, so tritt keine Nothwendigkeit ein, daß sie ihre ursprüngliche Natur ablegen, und der Eigenschaft des Gewerbes folgen sollen. Ueberdieß hat jedes verkäufliche Gewerb einen Normalpreis. Würden die obberührten Geräthschaften ein Zugehör des Gewerbes selbst ausmachen, so müßten dieselben in dem Normalpreis begriffen seyn; was keineswegs der Fall ist. Der Normalpreis ist nähmlich immer der letzte vorige Veräußerungswerth [1]), und es ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß, wenn bey einer Veräußerung der Normalpreis eines verkäuflichen Gewerbes nicht besonders ausgedrückt, sondern mit dem Preise der Geräthschaften vermengt ist, die Geräthschaften besonders geschätzt, dieser Schätzungswerth der Geräthschaften von dem für das Gewerb und die Geräthschaften zusammenbezahlten Werthe abgeschlagen, und der erübrigende Betrag für den eigentlichen Gewerbswerth festgesetzt werden müsse. Es ist also hier gerade das Gegentheil von dem angeordnet, was bey dem zu einem unbeweglichen Gute gehörigen fundus instructus vorgeschrieben ist, daß er nähmlich zugleich mit dem erstern, wohin er gehört, gepfändet, geschätzt und versteigert werden müsse. Bey radicirten Gewerben muß unterschieden werden, ob dieselben von der Art sind, daß sie eine besondere Einrichtung des Hauses selbst fordern oder nicht. Im ersten Falle müssen solche Geräthschaften als Zugehörungen des Hauses selbst ange-

1) Hofkanzley-Verordnung vom 31. März 1802

sehen werden; im letzten Falle gilt aus gleichen Ursachen dasjenige, was vorhin von den bloß verkäuflichen Gewerben gesagt worden ist.

6) Aus dem aufgestellten Satze, daß Rechte, welche mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden sind, als unbewegliche Sachen angesehen werden, könnte man zu schließen versucht werden, daß alle dinglichen Rechte für unbewegliche Sachen zu halten seyen. Dieser Schluß wäre aber offenbar irrig; denn dingliche Rechte sind diejenigen, welche einer Person in Bezug auf eine Sache, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Person, zustehen, — nur das Object dieser Rechte ist sohin eine Sache, das Subject kann aber entweder eine Person für sich allein, oder in Verbindung mit einer unbeweglichen Sache seyn, um deren letztern Willen ihr das Recht zusteht; nur wenn das letztere der Fall ist, sind dergleichen dingliche Rechte als unbewegliche Sachen anzusehen. So sind z. B. die persönlichen Servitutsrechte offenbar dingliche Rechte, sie sind aber deswegen nicht auch unbewegliche Sachen.

§. 299.

Auch die vorgemerkten Forderungen.

Schuldforderungen werden durch die Sicherstellung auf ein unbewegliches Gut nicht in ein unbewegliches Vermögen verwandelt.

1) Unter die am Schlusse der Erläuterung des vorigen §. erwähnten dinglichen Rechte gehört insbesondere das Hypothekarrecht, von dem hier eine eigene Erwähnung gemacht wird. Persönliche, mit einer Hypothek befestigte Forderungen führen zwar zugleich ein dingliches Recht mit sich, aus der hypothecirten unbeweglichen Sache bezahlt zu werden (§§. 447 und 448); allein da hier nicht das Recht, sondern eigentlich die entgegengesetzte Verpflichtung mit einer unbeweglichen Sache verbunden ist, so werden solche Schuldforderungen, durch die Sicherstellung auf ein unbewegliches Gut, keineswegs in ein unbewegliches Vermögen umgewandelt. Der höchste Gesetzgeber fand aber für

nothwendig, von solchen versicherten Schuldforderungen darum eine besondere Erwähnung zu machen, weil unsere Landtafelpatente solche versicherte Forderungen wenigstens in so weit den unbeweglichen Sachen gleich achten, daß darauf eine weitere Einverleibung oder Vormerkung Statt findet. In dieser Beziehung werden sie auch nach den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzbuches, so wie alle übrige auf unbewegliche Sachen sich beziehende dingliche Sachenrechte, gleich einem unbeweglichen Vermögen behandelt (§§. 445 und 454).

§. 300.

Nach welchen Gesetzen die unbeweglichen, und nach welchen die beweglichen Sachen zu beurtheilen sind.

Unbewegliche Sachen sind den Gesetzen des Bezirkes unterworfen, in welchem sie liegen; alle übrigen Sachen hingegen stehen mit der Person ihres Eigenthümers unter gleichen Gesetzen.

Es ist bereits oben angeführt worden, daß die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche, wegen Verschiedenheit der rechtlichen Bestimmungen, wichtig sey (§. 293). Ein Unterschied wird hier angegeben. Bewegliche Sachen und Rechte (in so fern letztere nicht den unbeweglichen Sachen beygezählt werden) folgen, weil sie der Besitzer wenigstens immer mit sich führen kann, vermöge einer rechtlichen Fiction stets der Person; unbewegliche Sachen aber bleiben stets ein Theil des Gebiethes, und sie können dadurch, daß der Besitzer seinen Aufenthalt ändert, den Gesetzen, welche nach der Lage und Beschaffenheit eines Gebiethes zu geben sind, nicht entzogen werden. Dieser Unterschied ist selbst bey inländischen Realitäten, in Bezug auf die Verschiedenartigkeit der Landesverfassung, bemerkenswerth.

§. 301.

Verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen.

Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren,

heißen verbrauchbare; die von entgegengesetzter Beschaffenheit aber, unverbrauchbare Sachen.

Alle körperliche, vorzüglich bewegliche Sachen, werden durch den Gebrauch abgenützt und über kurz oder lang zerstöret, wie z. B. Geräthschaften, Kleidungsstücke. Die bloße Verbrauchbarkeit kann daher, wie Doctor Gustav Alexander Bielitz in seinem practischen Commentare zum allgemeinen Landrechte für die preußischen Staaten bemerkt [1]), keinen wichtigen Unterschied der Sachen begründen; allein der §. redet auch nicht davon, ob eine Sache durch längern Gebrauch abgenützt werde oder nicht, sondern ob Sachen, damit sie den gewöhnlichen Nutzen gewähren, zerstört oder verzehrt werden müssen oder nicht. Kleidungsstücke werden ohne Zweifel durch den gewöhnlichen Gebrauch abgenützt, und sohin auch über kurz oder lang zerstöret; allein sie würden den bezielten Nutzen nur vergrößern, wenn sie so verfertiget werden könnten, daß sie niemahls zerstört würden. Dagegen müssen Nahrungsmittel, wenn sie als solche gebraucht werden sollen, aufgezehrt, und sohin zerstöret werden; wollte man die Nahrungsmittel unzerstörbar machen, so würde man sie eben als solche ganz unbrauchbar machen. So ist es auch z. B. mit dem Gelde. Will man dasselbe, seiner Bestimmung nach, als Umtauschmittel benützen, so muß man dasselbe hintangeben, man muß selbes zu besitzen aufhören, was in Bezug auf den Inhaber eben so viel ist, als ob er dasselbe verzehrt hätte. Nur Sachen von dieser Art nennen die Rechtsgelehrten verbrauchbare Sachen. Sie haben zugleich die Eigenschaft, daß sie eine wechselseitige Stellvertretung zulassen, folglich im Wiedererstattungsfalle eine durch die andere von gleicher Güte und Quantität ersetzt werden kann; was bey den unverbrauchbaren Sachen der Fall nicht ist. Von dieser Eigenschaft werden sie im gemeinen Rechte res fungibiles benannt, quarum una fungitur vice alterius. Uebrigens gewährt die Eintheilung der Sachen in verbrauchbare und unverbrauchbare, nach unsern Gesetzen, in mehrfacher Beziehung einen practischen Nutzen; z. B. bey der

1) Erster Band, S. 347.

Fruchtnießung, dem Darleihen- und Leihvertrage, bey den Ehepacten, Schadenersatze u. s. w.

§. 302.

Gesammtsache (universitas rerum).

Ein Inbegriff von mehreren besondern Sachen, die als Eine Sache angesehen, und mit einem gemeinschaftlichen Nahmen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesammtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet.

1) Jede Sache kann für sich allein der Gegenstand eines Rechtes seyn; es lassen sich aber auch mehrere, einerley Nahmen führende Sachen als ein seine besondern Rechte habendes Ganze betrachten. Der erste Fall hat keine Schwierigkeiten; bey dem letzten aber bringt der Umstand, daß die als ein Ganzes betrachteten Dinge doch nichts desto weniger für sich bestehen, und nur durch eine Fiction für ein Ganzes gelten, eigene Rechtsverhältnisse hervor.

2) In dem gegenwärtigen §. wird der aus dieser doppelten Ansicht der Sachen entspringende Unterschied zwischen einzelnen oder besondern Sachen, und den einen Inbegriff von Sachen ausmachenden Gegenständen des Rechtes ersichtlich gemacht, zu dessen Verdeutlichung hier Folgendes bemerkt wird: Es können mehrere einzelne Sachen, wovon jede für sich als ein Ganzes betrachtet werden kann, in physischer Verbindung stehen. So z. B. kann man bey einem Bauerngute, das Haus, die Wiesen, Aecker, Waldungen, als einzelne Sachen ansehen; diese einzelnen Sachen stehen aber in Verbindung, und werden unter einem gemeinschaftlichen Nahmen begriffen. Dessenungeachtet ist hier kein solcher Inbegriff von Sachen vorhanden, wie in diesem §. gemeint ist. — Die Sachen, welche eine Gesammtsache ausmachen, stehen unter sich in keinem andern Zusammenhange, als daß sie unter einem gemeinschaftlichen Nahmen begriffen werden. Eine solche Gesammtsache ist z. B. eine Herde Schafe, ein Waarenlager, eine Verlassenschaft u. s. w.

Die einzelnen Schafe, die in dem Waarenlager befindlichen Waaren, die zur Verlassenschaft gehörige Barschaft, Pretiosen, Geräthschaften, Schuldforderungen u. s. w., stehen unter einander in keiner Verbindung, und kommen nur durch den gemeinschaftlichen Nahmen und ihr rechtliches Verhältniß in einen Zusammenhang.

3) Das römische Recht unterscheidet zwey Arten von Inbegriffen, einen rechtlichen (universitas juris) und einen factischen (universitas facti). Zu dem erstern rechnet es bekanntlich patrimonium, haereditas, dos und peculium, und dabey gilt die Regel: daß alles, was aus den Mitteln eines solchen Inbegriffs angeschafft worden, auch mit zu dem Inbegriffe gehöre, und an den, dem es zufällt, mit herausgegeben werden müsse; wogegen bey Einzelnheiten und bloß factischen Inbegriffen der gedachte Grundsatz, „daß der Werth an die Stelle der Sache, und die Sache an die Stelle des Werthes trete," nicht gilt. Diesen Unterschied kennt das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch nicht, sondern gibt bloß an, was unter einer Gesammtsache zu verstehen sey.

4) Wohl aber kann man nach der Erklärung, die hier das Gesetz von einer Gesammtsache gibt, und der Natur der Sache, zweyerley Arten von Gesammtsachen unterscheiden. Bey einer Art kömmt es lediglich auf das Ganze, und nicht auf die Specialität der einzelnen Theile an, aus dem sie bestehet, diese hören auf, als eigene, für sich bestehende Gegenstände angesehen zu werden; sie verlieren ihre Wichtigkeit als Einzelnheiten, und sind nur lediglich als unzusammenhängende Theile eines Ganzen vorhanden, deren Verbleiben im Ganzen gleichgültig ist, wenn nur das Ganze selbst besteht und seine Identität als Ganzes behält. Bey solchen Gesammtsachen erscheint ein Wechsel der einzelnen in ihnen befindlichen Gegenstände als ganz gleichgültig, wenn der für einen andern eingetretene Gegenstand gleicher Gattung, dem erstern am Tauschwerthe gleichkömmt. Viele derselben sind eigentlich für den Wechsel der einzelnen Theile angelegt und bestimmt. Dieses ist der Fall bey allen jenen Gesammtsachen, welche die Römer als Beyspiele der universitas facti aufführten;

nähmlich bey der Herde und der Stuterey, indem die Mütter Junge gebären, die Alten sterben oder geschlachtet werden; bey der familia servorum, bey einem Gutsinventare, bey welchem an die Stelle des Abgängiggewordenen oder Verbrauchten eine gleiche Sache treten, und dieselbe ergänzen muß, damit der Gesammtbegriff bestehen bleibe. Vorzüglich ist aber dieses bey einem Waarenlager, einem Kauf- und Buchladen der Fall, da bey diesem Institute, seiner Bestimmung nach, ein Wechsel der einzelnen Gegenstände eintreten muß. Dagegen gibt es einen Inbegriff von mehreren besondern Sachen, die als eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Nahmen bezeichnet zu werden pflegen, bey welchen die einzelnen Theile, als solche, ihre Wichtigkeit nicht verlieren, weil gerade der Werth des Ganzen auf der Individualität oder wenigstens Specialität der einzelnen Theile beruhet, und sohin ein Wechsel der einzelnen Theile auf den Werth des Ganzen, mit welchem dieselben in einer gewissen organischen Verbindung stehen, von wichtigem Einfluß ist. Dieses ist z. B. der Fall bey der Bibliothek eines Rechtsgelehrten, eines Arztes, oder überhaupt eines Gelehrten; hier ist es nicht gleichgültig, ob ich z. B. dem Rechtsgelehrten statt der entlehnten Bücher andere, in ein anderes gelehrtes Fach einschlagende, von gleichem Werthe restituire, was allerdings bey einem Buchladen der Fall ist. Der Buchhändler wird sich mit dieser Restitution begnügen, der Gelehrte kann es nicht. Ein Gleiches ist bey der Gallerie eines Gemähldeliebhabers der Fall. Auch hier liegt der Werth in dem Vorhandenseyn jedes einzelnen Gemähldes. Der Gemähldeliebhaber wird sich nicht begnügen, wenn ich ihm, anstatt eines Amors von Correggio, mehrere andere, vielleicht noch so täuschend nachgeahmte Copien desselben übergeben wollte. Die practischen Folgen dieses Unterschiedes werden bey Erläuterung der §§. 427 und 452 erörtert werden.

§. 303.

Schätzbare und unschätzbare Sachen.

Schätzbare Sachen sind diejenigen, deren Werth durch Vergleichung mit andern zum Verkehre

bestimmt werden kann; darunter gehören auch Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten. Sachen hingegen, deren Werth durch keine Vergleichung mit andern im Verkehre befindlichen Sachen bestimmt werden kann, heißen unschätzbare.

1) Der §. 285 erklärt alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche des Menschen dient, als eine Sache im rechtlichen Sinne des Wortes. Was aber zum Gebrauche der Menschen dient, ist geeignet, einen Nutzen zu verschaffen, und was einen Nutzen verschafft, hat einen Werth. Dieser Werth ist aber zweyfach; denn entweder wird er durch die Art des Bedürfnisses und durch den Grad der Nothwendigkeit eines Dinges, oder durch die Menge und Art der nützlichen Dinge, welche dafür zu erhalten sind, bestimmt. Den erstern nennt man den Bedürfnißwerth, den letztern den Tauschwerth. Alle Dinge, welche einen Tauschwerth haben, müssen auch einen Bedürfnißwerth haben; aber dieses ist nicht umgekehrt der Fall, weil viele Dinge von hohem Bedürfnisse ganz umsonst zu haben sind, z. B. die Luft, auch größtentheils das Wasser, Sonnenlicht u. s. w.

2) Ein Maßstab, um den Bedürfnißwerth einer Sache zu bestimmen, läßt sich nicht leicht aufstellen, wohl aber kann man den Tauschwerth einer Sache dadurch bestimmen, daß man Vergleichungen anstellt, wie viel Sachen von einer bestimmten Gattung gegen andere Sachen umgetauscht zu werden pflegen; z. B. A kann sein Pferd gegen fünfzig Metzen Korn vertauschen, während dem B für das seinige hundert Metzen gebothen werden. In diesem Falle wäre der Tauschwerth des dem B angehörigen Pferdes noch ein Mahl so hoch, als des dem A eigenthümlichen. Die Bestimmung des Werthes einer Sache, nach Maßgabe einer solchen Vergleichung, heißt man eine Schätzung. Es ist aus dem Gesagten auch ersichtlich, daß sich auf diese Art und Weise der Tauschwerth aller Sachen bestimmen lasse, welche im Verkehre stehen; solche Sachen heißen daher auch schätzbare, und da auch Dienstleistungen, Hand- und Kopfarbeiten gegen andere

Sachen ausgetauscht zu werden pflegen (es ertheilt z. B. Jemand gegen Kost und Wohnung Unterricht in Sprachen, in der Musik u. s. w.), so gehören auch diese unter die schätzbaren Sachen.

3) Dagegen gibt es Sachen, wie bereits oben erwähnt worden ist, welche zwar einen Bedürfnißwerth, aber keinen Tauschwerth haben, weil sie nicht im Verkehre stehen, deren Werth daher auch eben deßhalb nicht durch eine Vergleichung mit andern im Verkehr befindlichen Sachen bestimmt werden kann, und diese Sachen heißen dann unschätzbare. Unter diese unschätzbaren Sachen pflegt man auch gewöhnlich die Güter der Seele zu rechnen; selbe sind aber, in juridischer Beziehung, wie §. 285 erwähnt worden ist, überhaupt von dem Begriffe der Sachen ausgeschlossen, und nur in so fern ihre Wirkungen in der Außenwelt erscheinen, kommen diese innern Güter auch in juridischer Beziehung zur Sprache, und haben aber dann auch einen Tauschwerth. So sind die Dienstleistungen eines geschickten und wohlgesitteten Instructors mehr, als die des minder geschickten und minder gesitteten werth.

§. 304.

Maßstab der gerichtlichen Schätzung.

Der bestimmte Werth einer Sache heißt ihr Preis. Wenn eine Sache vom Gerichte zu schätzen ist, so muß die Schätzung nach einer bestimmten Summe Geldes geschehen.

1) Um den Tauschwerth einer Sache zu bestimmen, muß selbe mit andern Sachen, die im Verkehre sind, verglichen und erörtert werden, wie viel von der andern Sache im Tausche für die eine erhalten werden kann. Wenn man z. B. für zwey Pfund Zucker, drey Pfund Kaffeh bekömmt, so sieht man, daß das Pfund Zucker mehr werth ist, als das Pfund Kaffeh, und zwar im Verhältnisse wie 3 zu 2. Wird nun auf diese Art und Weise der Werth bestimmt, so heißt derselbe Preis. So kann man also im gegebenen Beyspiele sagen: Der Preis von 3 Pfund Kaffeh sey 2 Pfund Zucker. — So pflegte man auch ursprüng-

lich in den rohen Zeiten eines höchst einfachen Verkehres die Gegenstände unmittelbar gegen einander zu vergleichen, und ihren Werth auf vorgezeigte Art und Weise zu bestimmen. Es bedient sich z. B. Homer, um den Werth der Rüstung des Diomedes anschaulich zu machen, des Ausdruckes: „daß sie neun Ochsen gekostet habe."

2) Allein als der Verkehr mit Sachen späterhin erweitert und complicirt wurde, wurde das Bedürfniß rege gemacht, sich einer bestimmten Gattung von Sachen als gemeines Tauschmittel zu bedienen, und dieselben eben dadurch auch als vorzüglichsten Werthmesser oder Maßstab des Preises zu gebrauchen. Dieses allgemeine Tauschmittel nennt man das Geld. Doch hat man sich nicht zu allen Zeiten und in allen Ländern einer gleichen Gattung von Sachen hiezu bedient. So bedient man sich in Abyssinien hiezu des Salzes, und der berühmte Adam Smith gedenket eines Dorfes in Schottland, wo man Nägel dazu gebrauchte. Auf den Maldivischen Inseln und in einzelnen Theilen von Indien und Afrika gebraucht man kleine Schneckenhäuser, Nahmens „Kauris," als Geld. Allein ein solches Geld würde bey Nationen nicht lange gelten können, die mit einem großen Theile der ganzen Erde im Verkehre stehen. Darum sind auch fast alle handelnden Nationen der Welt bey der Wahl der Waare, die zum Gelde dienen soll, auf das Metall verfallen. Zu den Zeiten, wo die jetzt gemeinsten Metalle noch selten waren, war man mit diesen zufrieden. Die Münze der Lacedemonier war Eisen; das Geld der Römer war Kupfer. So wie man aber nun diese Metalle in größerer Menge aus der Erde hervorhohlte, wurden die daraus geprägten Münzen zu wohlfeil, und also ein unbequemes Geld; daher sind seit langer Zeit die edlen Metalle, Gold und Silber, das Geld, welches am allgemeinsten angenommen ist; höchstens bedient man sich des Kupfers zu den geringfügigern, sogenannten Scheidemünzen, wobey auch nicht so viel auf den innerlichen Werth gesehen wird.

3) Später, als sich die Staatskunst verfeinerte, brachte theils die Bequemlichkeit des Verkehrs, theils die durch Zeitverhältnisse herbeygeführte Staatsnoth eine neue Gattung Austausch-

mittel an das Tageslicht, nähmlich das Papiergeld. Dasselbe ist aber nichts an und für sich bestehendes, sondern lediglich ein Vorstellungszeichen der Münze. So lange dasselbe in jenem glücklichen Verhältnisse zur Münze besteht, daß man dafür jedes Mahl so viel Münze eintauschen kann, als es bezeichnet, ist dasselbe auch ein wahres Vorstellungszeichen der Münze, und wird, wegen der ihr beywohnenden Bequemlichkeit in Versendung, Aufbewahrung u. s. w., oft sehr gesucht. Wir haben gegenwärtig in Oesterreich dreyerley solche Gattungen des Papiergeldes, nähmlich: Einlösungsscheine, Anticipationsscheine und Banknoten. Vor Erscheinung des Patentes vom 20. Hornung 1811 waren die Bancozettel das einzige in Oesterreich cursirende Papiergeld. Die immerwährenden Kriege, in die Oesterreich mit Frankreich verwickelt wurde, führten die Nothwendigkeit herbey, das Papiergeld immer zu vermehren, wodurch es sich dann von der Münze gleichsam loszureißen, und zuletzt in ein solches Mißverhältniß zu gerathen begann, daß eine Abhülfe als dringend erschien. — Diese wurde durch das Finanzpatent vom 20. Hornung 1811 erzielet, durch welches die Bancozettel auf den fünften Theil ihres Nennwerthes herabgesetzt, und gegen die Einlösscheine eingelöset, welche zugleich nach ihrem vollen Nennwerthe als Wiener-Währung und die einzige Valuta für das Inland erklärt wurden. Der im Jahre 1813 ausgebrochene Krieg, durch welchen den endlosen Erwerbungsplanen des damahligen französischen Kaisers Napoleon endlich ein Ziel gesetzt, und Deutschland von der ihm drohenden Knechtschaft glücklicher Weise befreyet wurde, brachte die Nothwendigkeit hervor, ein neues Papiergeld unter der Benennung „Anticipationsscheine" zu creiren, welche den Einlösscheinen ganz gleich gesetzt waren. Dadurch wurde zugleich die wohlthätige Absicht der Regierung, die Einlösscheine auch im Curse zu ihrem vollen Nennwerthe zu erheben, vereitelt. Der glückliche Ausgang des für das Wohl von ganz Europa unternommenen Krieges wurde mit Recht als das Ende der Crisis dieser Finanzoperationen angesehen, daher erfolgte ein neues, das Finanzwesen regulirendes Patent vom 1. July 1816, welches anordnete, daß in Zukunft nie mehr die Ausfertigung eines neuen

Papiergeldes mit Zwangswerth und Zwangsumlauf, oder irgend eine Vermehrung des gegenwärtig im Umlauf befindlichen Statt haben, und daß das gegenwärtig vorhandene Papiergeld auf dem Wege einer freywilligen Einlösung in einem ununterbrochenen Fortgange gänzlich aus dem Umlaufe gezogen, und die Geldcirculation auf die Grundlage der conventionsmäßig ausgeprägten Metallmünze zurückgeführt werden solle. Die Einlösung des Papiergeldes wurde der eigens zu diesem Zwecke creirten und organisirten Nationalbank übertragen, welche zugleich die Bestimmung erhielt, nach Verhältniß der ihr von der Finanzverwaltung zu übergebenden, oder auf andern Wegen zufließenden Münzvorräthe Zahlungsanweisungen unter dem Nahmen „Banknoten" auszustellen, welche auf Verlangen der Inhaber bey der dazu dotirten Auswechslungscasse jederzeit nach ihrem vollen Betrage in Metallmünze umgewechselt werden können, und vermittelst dieser Banknoten das circulirende Papiergeld nach und nach einzulösen. Die Bank ist ein privilegirtes Privatinstitut, und das vollständige Eigenthum der Actionärs, die durch ihre Einlagen an der Gründung derselben Theil nahmen, und wird in dieser Eigenschaft in allen Streitfällen nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes behandelt. Die Banknoten wurden zugleich als ein von den Gesetzen anerkanntes Zahlungsmittel erklärt, dessen Anwendung im Privatverkehre jedoch von gegenseitigem Uebereinkommen abhängen soll, ohne daß eine Zwangsverpflichtung zur Annahme derselben Statt fände. Die Staatsverwaltung hat sich aber erklärt, sie in allen öffentlichen Cassen, gleich der Conventionsmünze, annehmen zu wollen.

4) Außer den in Oesterreich im Umlaufe befindlichen Gold- und Silbermünzen, dann den Einlösungs-, Anticipationsscheinen und Banknoten, cursiren auch noch Kupfermünzen, welche theils als Scheidemünze für die Wiener-Währung (Einlösungs- oder Anticipationsscheine), theils auch zur Ausgleichung als Scheidemünze für die Conventionsmünze gelten. In letzterer Hinsicht ist angeordnet, daß bey den in Conventionsmünze an die Staatscassen zu leistenden Zahlungen nur die Ausgleichungen, welche weniger als drey Kreuzer betragen, und die Gebühren, welche jenen [illegible]

trag nicht erreichen, in Kupferscheidemünze abgestattet werden können, indem bis zu dem Betrage von drey Kreuzern einschließig conventionsmäßig ausgeprägte Silbermünzen von den öffentlichen Cassen werden hinausgegeben, und fortwährend im Umlaufe erhalten werden.

Auch Private sollen, wenn ihre Forderungen auf Conventionsmünze lauten, nur in demselben Verhältnisse Kupfermünze anzunehmen gehalten seyn. Ferner sollen von den im Umlaufe befindlichen Kupfermünzen nur die ursprünglich auf dreyßig und fünfzehn Kreuzer ausgeprägten Kupfermünzen, welche durch das Patent vom 20. Februar 1811, erstere auf sechs, letztere auf drey Kreuzer, herabgesetzt worden sind; dann die älteren auf drey Kreuzer ausgeprägten Kupfermünzen, welche durch das Patent vom 4. Jänner 1812 auf zwey Kreuzer gesetzt worden sind; so wie die in Folge dieses Patentes ausgeprägten Dreykreuzer-, Einkreuzer- und Einhalbkreuzerstücke; endlich alle ältern, noch im Umlaufe befindlichen Einkreuzerstücke ohne Unterschied, von welcher Ausprägung sie sind, da, wo sie als Theiler oder zur Ausgleichung von Conventionsmünze verwendet werden, sowohl von den Staatscassen als von Privaten zur Hälfte ihres dermahligen Werthes (in Wiener-Währung) angenommen werden dürfen [1]).

5) Es hängt im außergerichtlichen Privatverkehre ganz von der Willkühr der Parteyen ab, auf welche Art sie den Preis festsetzen wollen. Für gerichtliche Schätzungen, sie mögen in Streitsachen oder im adeligen Richteramtswege vor sich gehen, bestimmt das Gesetz, als ohnehin die gewöhnlichste und leichteste Art, die Schätzung nach einer bestimmten Summe Geldes, ohne Unterschied, ob selbe von den Parteyen selbst, oder durch Kunstverständige vorgenommen werde. Es gibt nähmlich, sowohl nach unserer Civil- als Criminal-Gerichtsordnung, Fälle, wo der Beschädigte den Werth einer Sache (mittelst eines Eides) selbst bestimmen kann, und Fälle, wo der Werth derselben durch Sach-

---

1) Patent vom 1. Juny 1818; J. G. S., Nr. 1251. Da die genaue Kenntniß des umlaufenden Geldes in einem Staate, in privatrechtlicher Beziehung, von Wichtigkeit ist, so schien es mir am Platze, hievon eine umständliche Erwähnung zu machen.

verständige erhoben wird. In beyden Fällen geschieht die Preisbestimmung im Gelde. Aber in welchem? Im Papiergelde oder in Conventionsmünze? — Wenn die interessirten Parteyen dießfalls einig sind, so kann die Schätzung unbeirret so, wie sie die Parteyen wünschen, vorgenommen werden. Sind aber die Interessenten hierüber uneinig, und hängen von der Art und Weise der Schätzung, je nachdem sie nähmlich in Conventionsmünze oder in Einlösscheinen vorgenommen wird, mehrere Rechte ab, so scheint wohl die Schätzung in letztern vorgenommen werden zu müssen, da diese noch immer als die gesetzliche Valuta der Wiener-Währung bestehen.

6) Ueber die Frage: ob dem Eigenthümer eines unbeweglichen Gutes die gerichtliche Schätzung desselben auch außer den im Gesetze nahmentlich angegebenen Fällen, und ohne daß irgend ein Proceß anhängig wäre, zu bewilligen sey? — wurde die Belehrung ertheilet, daß zwar einer solchen Schätzung auch ferner Statt gegeben werden, solche jedoch gegen einen hievon nicht vorhinein verständigten Dritten von keiner Wirkung seyn könne [1]).

§. 305.

Ordentlicher und außerordentlicher Preis.

Wird eine Sache nach dem Nutzen geschätzt, den sie, mit Rücksicht auf Zeit und Ort, gewöhnlich und allgemein leistet, so fällt der ordentliche und gemeine Preis aus; nimmt man aber auf die besondern Verhältnisse und auf die in zufälligen Eigenschaften der Sache gegründete besondere Vorliebe desjenigen, dem der Werth ersetzt werden muß, Rücksicht, so entsteht ein außerordentlicher Preis.

1) Nach der Bestimmung des gegenwärtigen §. gibt es eine zweyfache Schätzung oder Preisbestimmung, nähmlich den gemeinen (ordentlichen) und den außerordentlichen Preis.

1) Hofdecret vom 16. July 1814; J. G. S., Nr. 1093.

Daß Sachen gleicher Art und Gattung an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten auch einen verschiedenen Werth haben, ist in der Natur der Sache gegründet, und es ist daher auch ganz natürlich, daß man schon bey Bestimmung des ordentlichen Preises auf Zeit und Ortsverhältnisse Rücksicht nehmen müsse.

So steht z. B. der gemeine Preis des Getreides auf dem flachen Lande, oder in einem fruchtbaren Jahre viel niedriger, als in einer entlegenen Stadt, oder zur Zeit eines Mißwachses. Manchmahl sind Sachen nur für eine gewisse Gattung Menschen von besonderer Brauchbarkeit, wie z. B. ein Fabriksgebäude, und darum haben auch nicht alle Sachen an dem nähmlichen Orte, und zur nähmlichen Zeit für alle Menschen einen gleichen Werth. Dessenungeachtet ist der Preis, um den eine solche Sache mit Rücksicht auf den Nutzen, den selbe nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge für diese Classe Menschen leistet, angeschlagen wird, noch zum ordentlichen Preis zu rechnen.

2) Von dem außerordentlichen Preise gibt es, nach den Worten dieses §., zwey Arten, und zwar nach den zwey Gründen, woraus er entsteht. Der eine Grund beruhet in dem besondern Interesse an einer Sache, welches aus individuellen Rücksichten entspringt. So z. B. kann der Fall eintreten, wo Jemand zu einem vorgesetzten Zwecke ein Werkzeug dringend bedarf, das zu derselben Zeit und an dem Orte, wo er davon Gebrauch machen soll, äußerst schwer zu erhalten ist. Er wird sich daher sehr bereit finden, demjenigen, der ihm ein solches Werkzeug verschafft, mehr als den gewöhnlichen Preis hiefür abzureichen. Es entsteht also dadurch ein außerordentlicher Preis. — Der andere Grund besteht in der besondern Vorliebe für eine Sache, welche auf der individuellen und persönlichen Neigung zu einer Sache, wegen ihren zufälligen Eigenschaften, z. B. weil man sie als Geschenk vom Landesfürsten, als ein Andenken von einem verehrten Freunde erhalten hat, beruhet [1]).

---

1) Siehe des Herrn Vicepräsidenten Pratobevera Materialien 7. B., S. 136 — 1[illegible]

3) Uebrigens ist es in die Augen springend, daß nicht jede Sache immer diesen zweyfachen Preis, nähmlich den ordentlichen und außerordentlichen haben könne; denn nicht immer findet sich Jemand, der ein besonderes Interesse hat, eine Sache an sich zu bringen, auch hat nicht jede Sache solche Eigenschaften, welche die Vorliebe des Einen oder Andern anregen. Der außerordentliche Preis ist daher auch in der Hinsicht außerordentlich, daß nur in den seltenern Fällen eine Sache um diesen an Mann gebracht werden kann.

§. 306.

Welcher Preis bey gerichtlichen Schätzungen zur Richtschnur zu nehmen ist.

In allen Fällen, wo nichts Anderes entweder bedungen, oder von dem Gesetze verordnet wird, muß bey der Schätzung einer Sache der gemeine Preis zur Richtschnur genommen werden.

1) Da überhaupt das Ordentliche und Gewöhnliche die Regel, das Außerordentliche und Ungewöhnliche aber die Ausnahme bildet, so stellt auch hier der §. die Regel auf, daß wenn es sich um Schätzung einer Sache handelt, immer nur der gemeine Preis zur Richtschnur genommen werden müsse.

2) Ausnahmen sind: a) wenn der außerordentliche Werth bedungen worden, und ohne Ueberlistung oder Vereitelung des Gesetzes bedungen werden konnte (§. 1336), denn pacta dant legem contractibus; oder b) wenn die Schätzung nach diesem Werthe ausdrücklich vom Gesetze angeordnet ist. Dabey wird ganz natürlich vorausgesetzt, daß wirklich der Fall eintrete, wo die Sache einen außerordentlichen Werth hat. — Da jedoch dieses nicht immer der Fall ist, so kann auch nicht immer dort, wo es gesetzlich angeordnet ist, die Schätzung nach dem außerordentlichen Werthe einer Sache geschehen. So ist z. B., nach §. 1331, der Dieb verbunden, den Werth der besondern Vorliebe zu vergüten; allein es dürfte wohl einer der seltenern Fälle seyn, daß die gestohlene Sache solche zufällige Eigenschaften habe, die eine besondere Vorliebe des Besitzers für selbe erregen.

Auch fällt es in die Begriffe, daß der Werth der besondern Vorliebe immer nur durch den Beschädigten selbst, nicht aber auch durch Sachverständige bestimmt werden könne; während in manchen Fällen der außerordentliche Werth, der aus dem besondern Interesse an einer Sache entstehet, das aus individuellen Rücksichten entspringet, auch durch Sachverständige erhoben werden kann. Uebrigens gehören die nähern Bestimmungen, wie der ordentliche und außerordentliche Werth zu erheben sey, in die bürgerliche oder peinliche Gerichtsordnung. Nur wird hier noch bemerkt, daß Fälle eintreten können, wo der ordentliche und außerordentliche Preis einer Sache zugleich erhoben werden muß. Dieses ist z. B. bey Diebstählen, Veruntreuungen und Betriegereyen der Fall, wo von der Quantität des zugegangenen Schadens die Frage abhängig ist: ob der Beschädiger ein Verbrecher, oder bloß ein schwerer Polizeyübertreter sey, oder ob sein Verbrechen in die eine oder andere Strafcathegorie falle? und wo es sich zugleich um Entschädigung handelt. Um die erste Frage zu beantworten, muß immer nur der gemeine Preis ausgeforscht werden; bey Bestimmung der Entschädigungsleistung aber muß auf den außerordentlichen Werth Rücksicht genommen werden.

3) Unter den hier angeführten Eintheilungen von Sachen führt das preußische Gesetzbuch noch eine Menge Bestimmungen zweifelhafter Ausdrücke von gewissen Arten der Sachen auf, z. B. was man unter Möbeln, Juwelen, Schmuck u. s. w. verstehe. Das gegenwärtige Gesetzbuch gibt solche Bestimmungen bey der Lehre von Vermächtnissen, wo sie am gewöhnlichsten vorkommen, an.

§. 307.

Begriffe vom dinglichen und persönlichen Sachenrechte.

Rechte, welche einer Person über eine Sache ohne Rücksicht auf gewisse Personen zustehen, werden dingliche Rechte genannt. Rechte, welche zu einer Sache nur gegen gewisse Personen unmittelbar aus einem Gesetze, oder aus einer ver-

bindlichen Handlung entstehen, heißen persönliche Sachenrechte.

1) Die oberste Eintheilung des Rechtes ist in Personen- und Sachenrecht. Da Rechte nur darauf gerichtet seyn können, den Freyheitsgebrauch Anderer einzuschränken, sohin nur gegen Personen ausgeübt werden können, so sind im weitläufigsten Sinne des Wortes alle Rechte Personenrechte. Aber der Ausdruck Personenrecht wird hier in einem beschränktern Verstande genommen. Man versteht nähmlich solche Rechte darunter, welche einer Person gegen Andere, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Sache, zustehen, und die durch dauernde Verhältnisse gegen diese Personen gegründet sind.

2) Dieser Erklärung zufolge werden unter Sachenrecht überhaupt der Inbegriff jener Rechte, welche einer Person gegen Andere in Bezug auf Sachen, im weitesten Sinne des Wortes genommen, zukommen, verstanden. Die Sachenrechte theilen sich dann wieder in dingliche und persönliche Sachenrechte. —

Bey jedem Rechte kann man entweder die Person des Berechtigten, oder die Person des Verpflichteten vor Augen haben. Hat man die Person des Berechtigten vor Augen, so wird man ein Recht dann dinglich nennen, wenn die Befugniß zur Ausübung desselben mit einer Sache, ohne Rücksicht auf eine gewisse Person, verbunden ist (jus subjective reale), welches z. B. bey Grund- und Haus-Servituten der Fall ist, wo jeder Besitzer des Grundes oder Hauses diese Rechte zu genießen hat. Sieht man dagegen auf die Person des Verpflichteten, so wird dasjenige Recht ein dingliches genannt, welches einer Person über eine Sache, ohne Rücksicht auf gewisse Personen, zusteht. Diese Rechte werden auch, nach der Erklärung des gegenwärtigen §., vorzugsweise dingliche Rechte genannt, und nur bey den Servituten kömmt die Ausnahme vor, indem dort der Gesetzgeber auch auf den Berechtigten Rücksicht nimmt, und aus diesem Gesichtspuncte die Servitutsrechte in dingliche und persönliche eintheilet. Die dinglichen Rechte, in der letztern Bedeutung, werden im lateinischen Ausdrucke jura objective realia, oder jura in re

genannt. Von den dinglichen Sachenrechten unterscheiden sich die persönlichen Sachenrechte, bey welchen man eben gleichfalls obige Unterscheidung beobachten, und in Folge derselben entweder die Person des Berechtigten oder Verpflichteten sich vor Augen halten kann. Thut man das erstere, so wird man persönliche Sachenrechte diejenigen nennen, welche Jemanden für seine Person, ohne Rücksicht auf den Besitz einer Sache, zustehen; thut man aber das letztere, so heißen persönliche Sachenrechte diejenigen, welche Jemanden nur gegen gewisse Personen zu einer Sache zukommen; und nur diese letztern Begriffe hat das österreichische Gesetzbuch hier herausgehoben. Wenn daher im Allgemeinen von dinglichen und persönlichen Sachenrechten im österreichischen Rechte die Rede ist, so wird auch nur immer der Begriff mit Hinsicht auf die Person des Verpflichteten zu bestimmen seyn. Nur, wie gesagt, bey Servituten ist hievon eine Ausnahme gemacht worden.

3) Den dreyfachen Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Sachenrechten in der letzten Bedeutung, wie er im gegenwärtigen §. genommen ist, und zwar a) in Ansehung des Grundes, b) der Personen, zwischen welchen das Recht Statt findet, und c) in Ansehung des Inhaltes, hat bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare angegeben. In Ansehung des Grundes kommen zwar beyde Sachenrechte darin überein, daß sich jedes derselben auf eine Art der Erwerbung stützet, und daß daher derjenige, der ein solches Recht vor Gericht in Anspruch nimmt, dieses Factum der Erwerbung zu erweisen hat; aber sie unterscheiden sich darin, daß wenn man bey dem dinglichen Rechte das Factum der Erwerbung einmahl erwiesen hat, man es auch gegen jede Person durchsetzen könne, wogegen bey dem persönlichen Sachenrechte dieser Beweis eben so oft geliefert werden muß, so oft ein Wechsel des Verpflichteten eintritt. Ein Beyspiel soll das Gesagte deutlicher machen. Wer z. B. einmahl erwiesen hat, daß ihm von seinem Nachbar B das dingliche Servitutsrecht, über seine Wiese zu fahren, eingeräumt worden ist, hat nicht nöthig darzuthun, daß ihm dasselbe auch von dem C, als Gutsnachfolger des B, eingeräumt worden ist; dagegen muß

der A, wenn sich der B gegen ihn zur Leistung eines jährlichen Geldbeytrages verbindlich gemacht hat, und A dieses Recht nun auch gegen den C, als Gutsnachfolger des B, durchsetzen will, beweisen, daß diese Verpflichtung an ihn übergangen sey. — Das persönliche Recht ist, wie Herr Hofrath v. Zeiller treffend bemerkt, die Wirkung einer Verbindlichkeit; das dingliche Recht aber, umgekehrt, die Ursache der Verbindlichkeit. — In Ansehung der Personen besteht der Unterschied darin, daß bey dem aus einem persönlichen Sachenrechte bestehenden Rechtsverhältnisse die Personen, die sich in selbem befinden, immer bestimmt sind; wogegen bey dem dinglichen Sachenrechte dieses nicht der Fall ist, indem letzteres ein allgemeines, gegen alle Menschen gleich geltendes Rechtsverhältniß begründet. Der Inhalt des persönlichen Sachenrechtes ist immer eine rechtliche Forderung an eine Person, daß sie etwas geben, leisten, gestatten oder unterlassen soll; der Inhalt des dinglichen Sachenrechtes ist lediglich die rechtliche Freyheit, zufolge welcher Jedermann alle Handlungen zu unterlassen hat, welche den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes beschränken würden. Um das Gesagte anschaulich zu machen, denke man sich, daß über die Verlassenschaft eines Verstorbenen (welche in dem Inbegriffe der dinglichen und persönlichen Rechte eines Verstorbenen, dann dessen Verbindlichkeiten bestehet) ein Inventarium errichtet werde. Bey Aufführung der dinglichen Rechte desselben wird lediglich immer eine Sache beschrieben, ohne von einer Person (ausgenommen zur Bezeichnung der Identität der Sache) eine Erwähnung zu machen. So werden bey Aufzählung der Eigenthumsrechte nur die Sachen bezeichnet, auf die ihm das Eigenthum zustand; bey Pfandrechten wird gleichfalls nur die Sache beschrieben, welche zur Sicherheit dienet; dagegen wird bey den Activschulden nicht nur der Betrag der Schuld, und die Bezeichnung der Währung, sondern auch die Person des Schuldners angeführt.

4) Der Verfolg wird zeigen, daß, um alle klare Einsicht in die Natur und Wirkungen der persönlichen und dinglichen Sachenrechte zu gewinnen, man letztere in solche, welche ihrer Natur nach dinglich sind, und solche, welche es ihrer Wir-

tung nach sind, eintheilen müsse. Die ihrer Natur nach dinglichen Sachenrechte sind im folgenden §. aufgeführt. Sie sind aber nicht in allen Fällen auch als dingliche Rechte wirksam. Die Wirkung eines dinglichen Rechtes ist nähmlich, daß es dem Berechtigten gegen alle Besitzer der Sache zukommen müsse. Setze man nun den Fall: Der Grundbesitzer A habe seinem Nachbar B das Servitutsrecht eingeräumt, einen Fahrweg auf seinem Grunde und Boden zu halten; er hat ihm sohin ein seiner Natur nach dingliches Recht (denn als solches ist es vom Gesetze ausdrücklich bezeichnet) eingeräumt. Nun hat aber der B vernachlässiget, diese Dienstbarkeit in dem Grundbuche eintragen zu lassen; der A verkauft diesen Grund und Boden, und sohin kann B sein Servitutsrecht gegen den neuen Besitzer nicht mehr ausüben. Es stand daher in diesem Falle dem B, so lange A noch im Besitze des dienstbaren Grundstückes war, ein seiner Natur nach dingliches, aber seiner Wirkung nach persönliches Sachenrecht zu. — Daß diese Unterscheidung im Geiste des österreichischen Gesetzbuches gegründet sey, ergibt sich vorzüglich aus den Worten des §. 481. Hier heißt es, daß das dingliche Recht der Dienstbarkeit u. s. w. nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher erworben werde, — aus welchen folgt, daß das Recht der Dienstbarkeit vor dieser Eintragung ein bloß persönliches Recht sey, welches ohne den gemachten Unterschied im offenbaren Widerspruche mit dem folgenden §. stünde. Dagegen wird umgekehrt ein bloß persönliches Sachenrecht durch diese Eintragung in ein dingliches Recht verwandelt. Dieses ist z. B. selbst von dem Gesetzgeber in Ansehung des Vorkaufsrechtes ausgesprochen. Denn nach §. 1073 ist das Vorkaufsrecht seiner Natur nach ein persönliches Recht; es wird aber in Rücksicht auf unbewegliche Güter, durch Eintragung in die öffentlichen Bücher, in ein dingliches Recht verwandelt. Auch bey andern Rechten ist dieses der Fall. — Wenn z. B. der A sich dem B dahin verpflichtet hat, einen jährlichen Steuerbeytrag zu leisten, so hat der B dadurch gewiß nichts anders, als ein persönliches Sachenrecht erworben; wird aber dieses Recht auf das Gut des A intabulirt, so erhalt es die Wirkung eines dinglichen Rechtes. Die

Wichtigkeit dieses gemachten Unterschiedes wird sich in der Folge durch die hieraus gezogenen practischen Folgerungen ergeben. Endlich

5) glaube ich noch darauf aufmerksam machen zu müssen, daß es außer den rein persönlichen und rein dinglichen Sachenrechten, in Bezug auf das Subject, dem sie zustehen, Rechte geben könne, die gemischter Natur sind, und dinglich-persönliche Sachenrechte genannt werden können. Ich glaube mich vor der Hand, und bis nicht die Gelegenheit darauf führet, umständlicher davon sprechen zu können, auf das berufen zu dürfen, was ich hierüber bereits in der Wagner'schen Zeitschrift, Jahrg. 1830, 1. H. S. 22 — 29, der öffentlichen Beurtheilung vorgelegt habe.

§. 308.

Dingliche Sachenrechte sind das Recht des Besitzes, des Eigenthumes, des Pfandes, der Dienstbarkeit und des Erbrechtes.

1) In diesem §. werden die ihrer Natur nach dinglichen Sachenrechte aufgeführt. Ich will die hier angeführten einzelnen Rechte mit einigen Bemerkungen versehen, und mit dem vorzüglichsten dinglichen Rechte, nähmlich dem Eigenthumsrechte, den Anfang machen.

2) Das Eigenthumsrecht ist immer auch ein seiner Wirkung nach dingliches Recht. Denn ein Eigenthumsrecht ist ohne rechtliche Erwerbungsart nicht gedenkbar, welche entweder in der Besitzergreifung, oder in der Tradition bestehet. Damit Jemand als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache angesehen werden könne, ist nothwendig, daß derselbe in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer eingetragen werde; so lange diese Eintragung nicht geschehen ist, kann Niemand als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache geachtet werden. Derjenige, dem bloß das Eigenthumsrecht durch Vertrag zugestanden worden ist, hat, so lange diese Einverleibung nicht vor sich ging, weder ein seiner Natur, noch seiner Wirkung nach zuständiges Eigenthumsrecht erlangt.

3) Das Eigenthumsrecht kann dadurch eine Beschränkung erleiden, daß einem Nichteigenthümer ein Recht auf die Sache zu dem Ende eingeräumt wird, aus der Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, seine Befriedigung zu erlangen; dieses Recht heißt Pfandrecht. Auch dieses, seiner Natur nach dingliche Recht, ist es auch immer seiner Wirksamkeit nach, weil die Tradition, die bey unbeweglichen Sachen durch die Einverleibung der Forderung geschieht, zur Wesenheit und Natur des Pfandrechtes gehört. Das bloße Versprechen, Jemanden ein Pfandrecht einzuräumen, ohne Tradition oder bücherliche Einverleibung, begründet noch kein Pfandrecht, und zeigt sich als solches weder gegen den Schuldner selbst, noch gegen dritte Personen von Wirksamkeit.

4) Ganz anders verhält es sich bey Servitutsrechten, durch welche ein Eigenthümer verbunden wird, zum Vortheile eines Andern, in Rücksicht seiner Sache, etwas zu dulden oder zu unterlassen. Wenn A sich dem B anheischig macht, zur vortheilhaftern Benützung des vom letztern besessenen Hauses sein eigenes Haus nicht zu erhöhen, so hat er ihm ein seiner Natur nach wirklich bestehendes Servitutsrecht eingeräumt. Der B kann dieses Servitutsrecht auch ohne Zweifel gegen den A geltend machen; allein gegen seinen Nachfolger so lange nicht, als dieses Recht nicht auf dem Hause des B intabulirt erscheint. Es ist daher dieses, seiner Natur nach dingliche Recht nur gegen den A wirksam, folglich ist es seiner Wirkung nach nur ein persönliches Recht [1]).

5) Es ist unter den Lehrern des römischen Rechtes eine große Streitfrage: ob der Besitz unter die dinglichen Rechte gerechnet werden könne oder nicht?

Der Besitz ist, wie weiter unten vorkommen wird, an und für sich ein bloß factisches Verhältniß; allein er wird dadurch, daß mit diesem factischen Zustande, Rechte in Verbindung gesetzt werden, auch ein juridisches Verhältniß, und nur dieses kann

1) Wenn A dem B auf sein Haus ein Pfandrecht eingeräumt hätte, so kann letzterer dasselbe selbst gegen den A in so lange nicht realisiren, bis er die Einverleibung nicht besorgt hat.

gemeint seyn, wenn von dem Besitze, als einem Rechte, gehandelt wird. Auch ist hier nur von diesem Rechtsverhältnisse, welches aus dem factischen Zustande des Besitzes entspringt, sohin von dem eigentlichen jure possessionis, nicht von dem Rechte zum Besitze (jure possidendi), die Rede. Es scheint so viel gewiß, daß das Besitzrecht alle wesentlichen Eigenschaften mit den übrigen dinglichen Rechten gemein habe, und daß jene, wodurch es sich von den übrigen, nahmentlich aufgeführten dinglichen Rechten zu unterscheiden scheinet, lediglich in der Eigenheit des Besitzes liege, was nicht zu vermeiden ist, da ganz natürlich jede Gattung der dinglichen Rechte ihre besondern Wirkungen mit sich führet, und sich dadurch von den andern dinglichen Rechten unterscheidet. Das Besitzrecht hat nun mit allen dinglichen Rechten gemein, daß dasselbe einer Person über eine Sache, ohne Rücksicht auf gewisse Personen, zusteht (§. 307); der Besitzer hat, so wie der Eigenthümer, das Recht, Jeden von seinem Besitze auszuschließen, und jede Störung von sich hintan zu halten. Er kann gegen Jedermann, der ihm den Besitz der Sache gewaltsam oder listiger Weise entzieht, die Zurücksetzung in die vorige Lage verlangen. Sein Recht gründet sich demnach, wie jedes andere dingliche Recht, in dem Verhältnisse der Person zur Sache, und nicht in den von bestimmten Personen eingegangenen oder denselben in Folge einer besondern Handlung gesetzlich obliegenden Verpflichtungen. Es ist daher auch der im §. angeführte dreyfache Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Sachenrechten vollkommen auf das Besitzrecht anwendbar. Selbst der von andern Rechtslehrern bemerkte Unterschied zwischen dem Besitzrechte und andern dinglichen Rechten, daß nähmlich die letztern gegen jeden Inhaber der Sache ausgeübt werden können, das Besitzrecht selbst aber, wenn man die Inhabung verloren hat, nur gegen den unrechten, oder jenen Besitzer, welcher ein schwächeres Recht hat [1]), scheint nicht gegründet, da auch der

4*

1) Der Besitz nach dem österreichischen bürgerlichen Rechte. Vom Professor Zeiller. Winniwarter und des Herrn Vicepräsidenten Ritter v. Pratobevera's Materialien 7. B., S. 188.

Eigenthümer sein Eigenthumsrecht auf die Sache, wenn er die Inhabung verloren hat, nur gegen alle jene dritte Inhaber ausüben kann, welche die Sache nicht in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zum Verkehre befugten Gewerbsmanne u. s. w. an sich gebracht haben. So wie also in dem Falle, als der frühere Besitzer einer Sache selbe von dem gegenwärtigen Besitzer zurückfordern will, auf die Eigenschaft des Besitzes Rücksicht genommen werden muß, so hängt auch das Gelingen der Eigenthumsklage von der Beschaffenheit der Erwerbungsart des geklagten Besitzers ab. Daß in dieser Hinsicht die Wirkungen des Besitzrechtes noch mehreren Beschränkungen unterworfen sind, als die des Eigenthumsrechtes, unterliegt zwar keinem Zweifel; allein die mehrere oder mindere Beschränkung macht im Wesentlichen keinen Unterschied, vielmehr kommen auch hier beyde Rechte in der Hauptsache ganz überein. Denn, so wie im Falle des §. 367 die Wirkungen des Eigenthumsrechtes darum aufhören, weil dort von dem redlichen Besitzer das Eigenthum erworben wird, so hört auch hier das Recht des Besitzes, die Sache von dem Inhaber zurück zu fordern, aus dem Grunde auf, weil von dem Gesetze demjenigen die Besitzrechte zuerkannt werden, der einen stärkern Titel hat, und bey gleich starkem Titel, der sich im factischen Besitz der Sache befindet. Es pflegen noch außerdem folgende Abweichungen angegeben zu werden: a) daß das Besitzrecht auch ohne Titel, und selbst in fremden Sachen, durch eine einseitige, eigenmächtige Handlung erworben werde; b) daß die übrigen dinglichen Rechte sich einander ausschließen, während das Besitzrecht gewöhnlich mit andern dinglichen Rechten, als Folge derselben, verbunden ist, und keinen Gegenstand des Verkehres ausmache; c) daß das Besitzrecht weder ein Gegenstand der Ersitzung, noch der Verjährung sey, denn man erlange es mit dem Besitze, und es höre aber auch sogleich mit dem Besitze auf; d) daß die zur Wiedererlangung des Besitzes anzustellende Klage das Eigene habe, daß sie auch gegen jenen Statt hat, den man selbst als Besitzer anerkennt, und dem man folglich das Besitzrecht zugestehet. Auch die hier bemerkten Unterschiede dünken mir mehr scheinbar zu seyn, und bey einer nähern Untersuchung größten-

theils zu zerfallen. Wenn man mit Zeiller (§. 380) unter Titel die rechtliche Möglichkeit, ein Recht zu erlangen, oder den Grund, woraus die Erwerbung eines Rechtes sich rechtfertigen läßt, verstehet, so läßt sich unmöglich ein wirklich bestehendes Recht ohne allen Titel denken. Ein wirklich existirendes Recht setzt nothwendig eine rechtliche Möglichkeit voraus. (Ab esse ad posse valet conclusio). Der Titel zum Besitzrechte liegt im Gesetze selbst, das mit dem factischen Verhältnisse, welches wir Besitz nennen, diese jura possessionis in Verbindung gesetzt hat. Der Irrthum scheint mir darin zu liegen, daß man den Titel zum Besitze, nähmlich den Grund der rechtlichen Möglichkeit, eine Sache mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten, in seine Gewahrsame zu bringen, mit der rechtlichen Möglichkeit, die Rechte zu genießen, die mit dem Besitze an und für sich verbunden sind, verwechselte. Nun ist es wohl richtig, daß man Besitzesrechte genießen könne, ohne einen Titel zum Besitze selbst zu haben; allein dieses ist auch bey dem Eigenthumsrechte der Fall. Denn dem redlichen Besitzer stehen, auch ohne allen Titel zum Eigenthume selbst, alle Rechte des Eigenthümers zu (§§. 329 u. 362). So wie hier der rechtliche Grund der Möglichkeit, Eigenthumsrechte zu genießen, in dem factischen Zustande des redlichen Besitzes beruhet, so beruhet der Grund der rechtlichen Möglichkeit, die Besitzesrechte auszuüben, in dem factischen Verhältnisse, das wir Besitz nennen, selbst. Daß das Besitzrecht auch an einer fremden Sache ausgeübt werden könne, ist kein Umstand, der dasselbe von dinglichen Rechten überhaupt unterscheidet, da dieser Fall bey dem Pfand- und Servitutsrechte gleichfalls eintritt. Zu dem ad b) aufgeführten Unterschied bemerke ich, daß sich auch die übrigen dinglichen Rechte nicht immer ausschließen. So kann es sehr oft geschehen, daß Jemanden an der verpfändeten Sache auch Servitutsrechte zustehen, ja auch ein Pfandrecht in eigener Sache ist, wie in der Folge gezeigt werden wird, nicht ungedenkbar. Uebrigens sind die dinglichen Servitutsrechte ebenfalls kein Gegenstand des rechtlichen Verkehres. Ad c) das Besitzrecht ist an und für sich, und wenn es nicht in Verbindung mit dem Eigenthumsrechte gedacht wird, allerdings kein Gegenstand der

Ersitzung; allein in diesem Puncte kömmt es mit dem Erbrechte überein, das gleichfalls jede Ersitzung ausschließt [1]). Eine Art der Verjährung tritt aber allerdings auch manchmahl bey dem Besitzrechte ein (§. 351). Nur die ad d) gemachte Bemerkung scheint wirklich eine Eigenheit zu seyn, die bey dem Besitzrechte allein wahrgenommen werden kann. Allein auch andere dingliche Rechte haben ihre Eigenheiten; so z. B. hat das Dienstbarkeitsrecht das Besondere, daß eben dasselbe Recht mehreren Personen eingeräumt werden kann, ohne daß die Berechtigten unter sich einen Vorzug genießen, und ohne daß dadurch in die Rechtssphäre des früher Berechtigten im mindesten eingegriffen würde; eine Eigenheit, die kein anderes dingliche Recht mit ihm theilet. So z. B. kann der Hausbesitzer A dem Hausbesitzer B, dann später dem C, dann dem D u. s. w., die Servitut des Nichthöherbauens einräumen; es kann aber Niemand gegen Personen ein Besitz-, Eigenthums-, Pfand- oder Erbrecht dergestalt einräumen, daß es jedem derselben gleichgültig ist, ob dem andern ein gleiches Recht zustehe oder nicht.

Aus dem Gesagten folgt, daß, so wie jedes andere dingliche Recht, auch das Besitzrecht seine Eigenheiten mit sich führe, und seiner Natur nach mit sich führen müsse; daß aber hierin gar kein Grund liege, dasselbe deßhalb aus dem Reiche der dinglichen Rechte, mit welchen es alle wesentlichen Merkmahle gemein hat, auszuscheiden.

6) Was endlich das Erbrecht anbelangt, so wird dasselbe allgemein als ein dingliches Recht geachtet, obschon es in mehreren Beziehungen dem persönlichen Sachenrechte nahe zu kommen scheinet, denn es setzt immer eine bestimmte Person voraus, an deren Nachlasse Jemanden das Erbrecht zustehet; und da vor der Annahme des Erben die Verlassenschaft so betrachtet wird, als wenn sie noch von dem Verstorbenen besessen würde, so kann man auch sagen, daß der berufene Erbe mit einer bestimmten Person in einem besondern Rechtsver-

1) Siehe die Verjährung nach dem österreichischen bürgerlichen Rechte. Von Hrn. Dr. Joseph Winniwarter, k. k. Rath und Professor, in des Herrn Vicepräsidenten v. Pratobevera Materialien B. 3, S. 75.

hältnisse stehe. Beyde diese Umstände aber sind charakteristische Merkmahle der dinglich persönlichen Sachenrechte. In so fern weiter auch die Vermächtnisse in die Lehre des Erbrechtes aufgenommen werden, so ist gar kein Zweifel, daß das Erbrecht Bestimmungen enthält, die in das persönliche Sachenrecht gehören. Denn der Vermächtnißnehmer hat offenbar nur ein persönliches Recht gegen den Erben auf die Herausgabe des Vermächtnisses, und da Niemand berechtiget ist, eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz zu nehmen, sondern alle dießfälligen Ansprüche erst von den Erben gegen das Gericht auf geeignetem Wege geltend gemacht werden müssen, so hat ein Aehnliches auch bey den Erben Statt. Indessen wird das Erbrecht vorzüglich aus dem Grunde als ein dingliches Recht behandelt, weil auch nach erhaltener Einantwortung der Besitznehmer von Jenem, der ein besseres oder gleiches Erbrecht zu haben behauptet, auf Abtretung oder Theilung der Erbschaft belangt werden kann (§. 823).

Erste Abtheilung

des Sachenrechtes.

Von den dinglichen Rechten.

Erstes Hauptstück.

Von dem Besitze.

§. 309.

Inhaber. Besitzer.

Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer.

1) Unter Sache wird nach dem §. 285 gegebenen Begriffe alles dasjenige verstanden, was von der Person unterschieden ist und zum Gebrauche der Menschen dient. In dieser weiten Bedeutung des Wortes wird der Ausdruck „Sache" im gegenwärtigen §. nicht genommen, sondern hier ist, wie aus den nachfolgenden §§. 312 — 314, und aus dem Ausdrucke „in Gewahrsame haben" ersichtlich ist, nur von einer körperlichen, oder dieser gleichgehaltenen Sache die Rede, da man ganz natürlich bloße Rechte nicht in seiner Gewahrsame haben kann.

2) Zu dem Begriffe des Besitzes einer körperlichen Sache gehört daher, nach Vorschrift des gegenwärtigen §., vor allem die Inhabung derselben. Als Inhaber erklärt er aber denjenigen, welcher die Sache in seiner Macht oder Gewahrsame (so viel

als Verwahrung) hat. Man hat aber dann eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame, wenn man in der Lage ist, über selbe nach Belieben verfügen zu können. Aus diesem folgt, daß es mehrere Gattungen von Inhabungen geben könne, weil auch die Möglichkeit, mit einer Sache nach Belieben zu verfügen, verschieden seyn kann. Man kann nähmlich eine Sache in seiner physischen Macht haben, so, daß man vermöge seiner körperlichen Kräfte hierüber verfügen kann; oder man kann mit demjenigen, der sich in einer solchen Lage befindet, in einem solchen Rechtsverhältnisse stehen, daß er die ihm anbefohlenen Verfügungen über die Sache in das Werk setzen muß. — Die erstere Art der Inhabung nenne ich die physische, die letztere die moralische Inhabung. So ist z. B. der Herrschaftsbesitzer moralischer Inhaber der in der Casse seiner Beamten befindlichen Rentgelder; oder der Steuerbeamte ist moralischer Inhaber der in Handen seiner Untergeordneten befindlichen Steuergelder, deren Eigenthümer der Staat ist.

3) Nebst der Inhabung wird aber zum Besitze auch der Wille, die Sache als die seinige zu behalten, erfordert. Daher kann Niemand ohne oder gegen seinen Willen Besitzer einer Sache werden, wenn sich dieselbe auch in seiner Gewahrsame befindet. — Damit Jemand als Besitzer angesehen werden könne, muß er den Willen haben, sie schon dermahlen als die seinige zu behandeln, und es genügt nicht, daß er das Vorhaben hege, selbe künftig in sein Eigenthum zu bringen, oder für einen bestimmten Fall Eigenthumsrechte an selber auszuüben. Wenn z. B. A verreiset, und dem B seine Sackuhr mit dem Bedeuten in Aufbewahrung übergibt, daß er, wenn er auf der Reise mit Tode abgehen sollte, sie als sein Eigenthum behalten solle, und B auch seinen Willen dahin erklärt, sie für diesen Fall als die seinige behalten zu wollen, so ist er dadurch noch nicht zum Besitzer dieser Sache geworden, sondern lediglich als Inhaber derselben anzusehen. Eben so wenig ist derjenige als Besitzer zu betrachten, welcher den Willen hat, auf die in seiner Gewahrsame befindliche Sache solche Rechte auszuüben, die auch ein Nichteigenthümer ausüben kann, z. B. diese Sache zeitweise zu benützen.

4) Es entsteht die Frage: ob dem Inhaber einer Sache, als solchem, Rechte zustehen, und welche? — Um diese Frage gehörig beantworten zu können, ist nothwendig, die verschiedenen Verhältnisse, wie man zur Inhabung einer Sache gelangen kann, von einander zu unterscheiden. Wer nähmlich eine Sache in seiner Macht und Gewahrsame hat, ohne den Willen zu haben, sie als die seinige zu behalten, muß entweder den (wahren oder vermutheten) Eigenthümer derselben kennen, oder er muß, ohne den Eigenthümer zu kennen, wissen oder voraussetzen, daß sie einen Eigenthümer habe, — oder er muß sie als eine freystehende Sache betrachten. Im erstern Falle ist sie entweder selbst von dem Eigenthümer dem Inhaber übergeben worden oder nicht. Ist sie selbst von dem Eigenthümer dem Inhaber übergeben worden, so bestimmt die Art der Uebergabe das Rechtsverhältniß des Inhabers gegen den Uebergeber, folglich auch die aus diesem Rechtsverhältnisse hervorgehenden Rechte und Pflichten; zugleich bezeichnen diese letzteren die Rechte, welche dem Inhaber einer Sache, als solchem, gegen dritte Personen zustehen. Es können ihm nähmlich für keinen Fall mehrere Rechte gebühren, als dem Eigenthümer selbst in Ansehung dieser Sache zukommen; ihm müssen aber auch alle jene Rechte zugestanden werden, ohne welche er die gegen den Eigenthümer übernommenen Pflichten nicht erfüllen könnte. So muß z. B. demjenigen, dem eine fremde Sache in die Obsorge gegeben wird, und welcher folglich die Verpflichtung auf sich nimmt, die ihm anvertraute Sache vor Schaden zu sichern, das Recht zugestanden werden, sich in seiner Inhabung zu schützen, und gleich dem Besitzer in dem Falle, als die richterliche Hülfe zu spät käme, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§. 344). Im Falle, als ihm die anvertraute Sache wirklich aus seiner Macht und Gewahrsame durch List oder Gewalt entzogen wird, kann ihm auch das Recht nicht genommen werden, diese Sache von dem gegenwärtigen Inhaber, in so fern er selbst der Entzieher ist, und dieses nachgewiesen werden kann, gerichtlich zu fordern, weil der letztere hier als Beschädiger erscheint, und von jedem Beschädiger der Ersatz des Schadens, der hier in der Zurückstellung der

Sache besteht, gerichtlich gefordert werden kann. Ist aber der gegenwärtige Inhaber eine dritte Person, so kann sie nur mit der Klage aus dem wirklichen oder vermutheten Eigenthumsrechte zurückgefordert werden, welche Klage dem bloßen Inhaber der Sache nicht zusteht. — Der Inhaber müßte sich daher, im Falle ihm selbst daran gelegen ist, die Sache zurück zu erhalten, von dem Eigenthümer sein Recht auf die Sache abtreten lassen, oder ihn als Streitgenossen zuziehen. Ist der Inhaber aber auf eine andere Weise zur Inhabung einer Sache gelangt, deren Eigenthümer ihm bekannt ist, so ist er verpflichtet, die Sache demselben zurück zu stellen (§. 396). Bis zur Zurückstellung der Sache an den Eigenthümer, oder bis zur gerichtlichen Hinterlegung derselben, wenn die Zurückstellung an den Eigenthümer nicht gleich möglich seyn sollte, liegt dem Inhaber die Pflicht der Obsorge ob, und es müssen ihm daher auch ebenfalls alle Rechte gegen einen Dritten zustehen, welche dem Inhaber im obigen Falle zukommen. Kennt der Inhaber einer Sache den Eigenthümer derselben nicht, aber er weiß oder muß voraussetzen, daß sie einen Eigenthümer habe (§. 388), so muß er die Vorschriften der §§. 389 — 392 beobachten. Dadurch hat er die Pflichten gegen den Eigenthümer erfüllt. — Die Rechte gegen dritte Personen werden bey Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über das Finden von verlornen Sachen erörtert werden. Sieht der Inhaber die Sache als eine freystehende an, so wird er sie jedem Dritten zur Zueignung überlassen. Denn würde er sich weigern, dieses zu thun, so würde er eben dadurch den Willen an den Tag legen, die Sache als die seinige behalten zu wollen, folglich nicht mehr bloßer Inhaber, sondern Besitzer der Sache seyn.

§. 310.

Erwerbung des Besitzes. Fähigkeit der Person zur Besitzerwerbung.

Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, sind an sich unfähig, einen Besitz zu erlangen. Sie werden durch einen Vormund oder

Curator vertreten. Unmündige, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, können für sich allein eine Sache in Besitz nehmen.

1) Zur Erwerbung des Besitzes einer Sache gehört: a) eine hiezu fähige Person; b) eine besitzfähige Sache, und c) eine Handlung, durch welche die Person sich wirklich in den Besitz setzt. Von den beyden erstern Erfordernissen ist hier die Rede.

2) Was nun das erste Erforderniß betrifft, so kömmt es, in Ansehung der Person bey dem Besitze einer körperlichen Sache, von welchem in dem vorhergehenden §. ausschließend gehandelt wird, auf die Fähigkeit an, eine Sache in seine Macht oder Gewahrsame zu bringen, und auf eine gewisse Absicht und bestimmten Willen zu haben an. — Der Mangel der ersteren kann der Besitzergreifung nicht wohl entgegen stehen, da man die physische Macht auch durch Andere ausüben kann, und in manchen Fällen eine bloße Betretung oder Bezeichnung schon hinreicht (§. 315); wegen Mangel des Willens sind aber alle zur Erwerbung des Besitzes unfähig, welche noch keinen solchen Willen haben, der als das Product der Vernunftthätigkeit angesehen werden kann [1]).

3) Unter diese gehören vor Allen Diejenigen, welche den Gebrauch der Vernunft nicht haben, nähmlich Rasende, Wahnsinnige, und eine Gattung von Blödsinnigen. Ich habe nähmlich bereits §. 21 Nro. 3 bemerkt, daß es zweyerley Gattungen von Blödsinnigen gebe, nähmlich a) solche, die des Gebrauches der Vernunft ganz beraubt sind, und b) solche, denen zwar der Gebrauch der Vernunft nicht gänzlich mangelt, bey denen sie jedoch so schwach ist, daß dieselben nicht fähig sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen. Nach dem Wortlaute des gegenwärtigen §. sind offenbar nur die ersteren, nicht aber auch die letztern zur Erwerbung des Besitzes unfähig. Es ist also nicht genug, daß derjenige, welcher die Unfähigkeit seines Gegners zur Besitzergreifung darthun will, das Decret oder Edict

1) Siehe die Abhandlung des Herrn Professors Winniwarter über den Besitz in Pratobevera's Materialien 1. B., S. 121 — 122.

vorweise, zufolge welchem dieser wegen Blödsinn unter Curatel gesetzt worden ist; sondern er muß auch insbesondere darthun, daß dieser Blödsinn ein solcher ist, welcher den Gebrauch der Vernunft ganz ausschließt.

4) Vollbetrunkene werden den Rasenden, Wahnsinnigen und Blödsinnigen der ersten Gattung ganz gleich gerechnet, denn ihnen mangelt ebenfalls der Gebrauch der Vernunft; sie sind daher auch zur Besitzeserwerbung unfähig. Partielle Trunkenheit schließt eben aus diesem Grunde diese Fähigkeit nicht aus.

5) Unmündigen (nach zurückgelegtem Kindesalter, §. 21), und sohin um so vielmehr mündigen Minderjährigen wird vom Gesetze schon ein solcher Wille zugemuthet, welcher ein Ausfluß der beginnenden Verstandesthätigkeit ist; sie können daher schon eine Sache in Besitz nehmen. Sollte es sich zeigen, daß ihnen der Besitz einer Sache lästig falle, so ist ohnehin ihren Vertretern die Macht eingeräumt, denselben wieder aufzugeben.

6) Wenn Kinder unter sieben Jahren, und die des Gebrauches der Vernunft beraubten Menschen gleich für sich selbst zur Besitzeserwerbung unfähig sind, so können dieselben doch mittelst ihrer Vertreter einen Besitz erwerben.

§. 311.

Gegenstände des Besitzes.

Alle körperliche und unkörperliche Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden.

1) Der Besitz ist an und für sich ein bloß factisches Verhältniß, und hat als solches mit dem Rechte nichts gemein. Allein an dieses factische Verhältniß sind theils schon nach natürlichem Rechte, noch mehr aber durch die positive Gesetzgebung gewisse Rechte geknüpft, und dadurch wird der Besitz auch ein juridisches Verhältniß. Der Inbegriff der mit dem factischen Verhältnisse, das man Besitz nennt, verknüpften Rechte kann füglich der juridische Besitz, zum Unterschiede von dem bloß factischen, wo von allem Rechte weggesehen wird, genannt werden.

2) Der gegenwärtige §. beantwortet nun die Frage, welche Sachen den Gegenstand des juridischen Besitzes ausmachen können? — Er sagt, daß alle körperliche und unkörperliche Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, in Besitz genommen werden können. Aus diesem folgt, daß hievon

erstens, alle Sachen ausgeschlossen seyen, bey welchen eine Inhabung nicht Statt finden kann. Denn der juridische Besitz setzt das Vorhandenseyn des factischen Verhältnisses voraus; wo dieses nicht Platz greift, und greifen kann, dort kann auch von dem juridischen Besitze keine Rede seyn. In dieser Hinsicht kann daher ein Besitz an Sachen, die unermeßlich, oder von unerschöpflichem Gebrauche sind, nicht Platz greifen, wie z. B. an der freyen Luft, dem Weltmeere, dem Sonnenlicht u. s. w. Allein von dem juridischen Besitze sind auch

zweytens, Sachen ausgeschlossen, bey welchen das bloß factische Verhältniß zwar eintreten, bey denen aber der rechtliche Wille, sie als die seinigen zu behandeln, nicht vorhanden seyn kann, weil deren Verkehr durch ausdrückliche Gesetze untersagt ist. Solche Sachen sind:

a. Ausländische Lotterieloose. Denn der Besitz und die Inhabung eines solchen Looses ist unter den in den §§. 24 und 25 des Lottopatentes vom 13. März 1813 auf die Theilnahme an auswärtigen Lotterien gesetzten Strafen verbothen, und es haben demnach diejenigen, denen Loose zu auswärtigen Lotterien zukommen, solche, um sich vor allen nachtheiligen Folgen zu verwahren, sogleich zu vernichten, oder der politischen Obrigkeit einzusenden, welche angewiesen ist, sie an das vorgesetzte Kreisamt zur Vertilgung zu übergeben [1]).

---

1) Hofkammerdecret vom 7. Juny 1826. Polit. Ges. 52. B., S. 56. Die bezogenen §§. des Lottopatentes lauten: §. 24. Alle Einsätze in ausländische, wie immer geartete große Lotterien, sie mögen für eigene oder fremde Rechnung geschehen, sind unter der bisher bestimmt gewesenen Strafe von fünfzig Ducaten, zu vier Gulden dreyßig Kreuzer, oder zweyhundert fünfundzwanzig Gulden W. W. für jedes einzelne ganze oder Classenloos, wozu sowohl der Kaufer als Verkäufer, oder Commissionär, und zwar jeder insbesondere zu verhalten seyn wird, verbothen. Für Viertel- oder halbe Loose, welche jedoch nur dann als solche zu betrachten sind, wenn diese Eigenschaft auf dem Loose selbst aus-

b) Die ärarischen Montoursstücke machen keinen Gegenstand des Privatverkehrs aus, und es ist den Behörden aufgetragen, solche, wo sie angetroffen werden, ohne alle Rücksicht in Beschlag zu nehmen und an die nächste Militär-Oeconomie-Commission, oder das nächste Depot zum fernern Gebrauche für die Truppen abzugeben [1]).

c) Kreuzpartikeln und Reliquien sind kein Gegenstand des Privatverkehrs; deren Verkauf ist sowohl in als außer dem Versteigerungswege, so wie auch deren Beschlagnehmung in Concurs- und Verlassenschaftsfällen, dann deren Uebertragung an Akatholiken, als Erben, nicht gestattet [2]).

d) Die hier aufgezählten Sachen sind dem Verkehre überhaupt entzogen; es gibt aber auch Sachen, die nur in Bezug auf gewisse Personen dem Verkehre entzogen sind. So ist in mehreren Ländern des österreichischen Kaiserstaates den türkischen Unterthanen und den Juden die Ansichbringung unbeweglicher Güter überhaupt, oder wenigstens besonderer Gattungen derselben, verbothen, und in manchen Ländern sind Unadelige von dem Besitze landtäflicher Güter ausgeschlossen; wovon übrigens bey Erläuterung des §. 355 umständlicher gehandelt werden wird.

§. 312.

Arten der Besitzerwerbung.

Körperliche bewegliche Sachen werden durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung, unbewegliche aber durch Betretung, Verrainung,

---

gedruckt ist, bleibt der für ganze oder Classenloose festgesetzte Strafbetrag nach dem Verhaltnisse dieser Theilloose zu dem Ganzen, und zwar für jedes Viertelloos mit zwölf einem halben Ducaten, zu vier Gulden dreyßig Kreuzer, oder sechsundfunfzig Gulden funfzehn Kreuzer, und für jedes halbe Loos mit fünfundzwanzig Ducaten, oder einhundert zwölf Gulden dreyßig Kreuzer W. W. bestimmt. — §. 25. Die Einsätze in ausländische öffentliche Zahlenlotterien, dann in ausländische Privat-Zahlen-Lotterie-Collecturen oder Banken, diese mögen nun auf aus- oder inländische Ziehungen Spiele sammeln, sind bey Strafe von einem Ducaten, oder vier Gulden dreyßig Kreuzer W. W. für jeden dahin eingelegten Kreuzer untersagt.

1) Hofkanzleydecret vom 5. Dec. 1800. Polit. Ges. 15. B., S. 201.

2) Hofkanzleydecret vom 16. Nov. 1826. Polit. Ges. 54. B., S. 127.

Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz genommen. In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Nahmen.

1) Zum wirklichen Besitz ist, nebst der Möglichkeit (§. 310 u. 311), auch die Besitzergreifung, d. i. jene äußere Handlung nothwendig, wodurch man die Sache in seine Macht und Gewahrsame bringt, in der Absicht, sie als die seinige zu behalten. Daß nebst dieser Handlung auch noch eine besondere Erklärung, die Sache als die seinige behalten zu wollen, hinzutreten müsse, scheint nicht nothwendig, da, wie bereits dargethan wurde, bey jeder Inhabung ein Besitz vorausgesetzt werden muß.

2) Die Arten der Besitzergreifung müssen aber der Beschaffenheit des Gegenstandes, je nachdem er körperlich oder unkörperlich, und jener beweglich oder unbeweglich ist, angemessen und sohin auch verschieden seyn. Körperliche bewegliche Sachen werden, nach diesem §., durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung in Besitz genommen. Hat aber Jemand schon eine Sache in der Gewahrsame, so muß er ganz natürlich durch die bloße Erklärung seines Willens, selbe als die seinige behalten zu wollen, ihr Besitzer werden. Unbewegliche Sachen werden, wie der §. sagt, durch Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung in Besitz genommen. Es ist nicht nothwendig, daß die Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung von dem, den Besitz der unbeweglichen Sache Ergreifenden in eigener Person geschehe; es genügt, wenn sie auf dessen Geheiß durch andere Personen, die jedoch vom ersteren zu diesem Zwecke eigens gedungen oder bestellt seyn müssen, vorgenommen wird.

3) Der Besitz unkörperlicher Sachen oder der Rechte besteht in dem Gebrauche (der Ausübung) derselben im eigenen Nahmen. Man kömmt also in den Besitz derselben, wenn man sie im eigenen Nahmen zu gebrauchen beginnt. Dieser Gebrauch kann aber auf zweyfache Art vorkommen: entweder als Folge eines zweifellos existirenden, oder als Grund eines erst zu erwer-

benden Rechtes. Ein Beyspiel soll das Gesagte deutlich machen. Es ist unzweifelhaft, daß Jemanden das Recht, in einem gewissen Districte zu jagen, oder das Recht, in einem Flusse zu fischen, oder das Tazrecht gebühre; allein ob dasselbe dem A oder dem B zustehe, ist nicht ausgemacht. Nun übt aber der A dieses Recht bereits im eigenen Nahmen aus; er ist sohin im Besitze eines an und für sich zweifellos existirenden Rechtes. Dagegen setzen wir einen andern Fall: Der A halte bereits durch längere Zeit auf dem Grunde seines Nachbars B einen ordentlichen Fahrtweg, welcher früher gar nicht existirte. A ist sohin im Besitze des Servitutsrechtes, über den Grund seines Nachbars B zu fahren, das Servitutsrecht selbst steht ihm noch keineswegs zu; denn wenn B sich über die Anmaßung dieser Servitut beschwert, und mit einer Klage auf Aberkennung dieses angemaßten Servitutsrechtes gegen A auftritt, so muß ihm die Ausübung dieser Rechte ohne weiters eingestellt werden. Läßt es aber der B durch die ganze Ersitzungszeit des A dabey bewenden, dann erwächst aus diesem Gebrauche für den A ein wirkliches Recht, welches er selbst in dem Falle, als ihn der B später aus dem Besitze desselben drängen würde, sich durch die actio confessoria wieder zurück verschaffen könnte.

4) Die Besitzergreifung kann, so wie jede andere rechtliche Handlung, in so ferne das Gesetz keine Ausnahme macht, auch durch einen gehörig Bevollmächtigten geschehen, wenn dieser den Willen hat, sie für seinen Machtgeber vorzunehmen, und sie in dieser Absicht wirklich unternimmt. Auch wird nach unseren Gesetzen so wenig als nach dem römischen Rechte erfordert, daß derjenige, für welchen der Besitz erworben wird, Wissenschaft davon habe, weil der Machthaber, in so ferne er den Gewaltgeber, nach dem Inhalte der Vollmacht, vorstellt, diesem Rechte erwirbt und Verbindlichkeiten auflegt (§. 1017). Da übrigens ein Gewalthaber, der sich selbst zu verbinden unfähig ist, seinem Gewaltgeber Verbindlichkeiten aufladen kann (§. 1018), so halte ich nicht dafür, daß der Bevollmächtigte für seine Person die Fähigkeit besitzen müsse, den Besitz der bestimmten Sache zu erwerben; genug, wenn er überhaupt fähig ist, jene Handlung,

welche zur Besitzergreifung gehört, auszuüben, und wenn ihm auch die Fähigkeit einer vernunftgemäßen Willensäußerung nicht abgesprochen werden kann.

§. 313.

Insbesondere von einem bejahenden, verneinenden, oder einem Verbothsrechte.

Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, wenn Jemand von einem Andern etwas als eine Schuldigkeit fordert, und dieser es ihm leistet; ferner, wenn Jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet; endlich, wenn auf fremdes Verboth ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt.

1) Im gegenwärtigen §. ist offenbar von einem solchen Gebrauche die Rede, der als Grund eines erst zu erwerbenden Rechtes angesehen wird. Bey dem Gebrauche eines bereits zweifellos bestehenden Rechtes kömmt man durch die bloße Ausübung desselben in den Besitz. Hat z. B. der Jagdeigenthümer A sein Jagdrecht sowohl an den B als C abgetreten, B hat aber dasselbe bereits auszuüben begonnen, so ist derselbe in den Besitz dieses Jagdrechtes eingetreten.

2) Der §. unterscheidet übrigens bejahende, verneinende und Verbothsrechte. Unter *bejahenden* Rechten werden nach selbem solche verstanden, vermöge welchen man von Andern eine positive Leistung, ein Geben oder Thun zum Besten des Berechtigten, z. B. die Zahlung eines Zinses, Leistung der Frohnen u. s. w., fordert; unter *verneinenden* werden solche begriffen, vermöge welchen man von einem Andern verlanget, daß er in seiner Sache etwas dulde, d. i. den Berechtigten in derselben unternehmen lasse, wobey alle sogenannten bejahenden Dienstbarkeiten als Beyspiele aufgezählt werden könnten (§§. 475 u. 477); unter *Verbothsrechten* werden aber jene gemeint, vermöge welchen man einem Andern untersagt, etwas in seiner Sache zu

unternehmen, was er sonst als Eigenthümer zu thun berechtiget wäre. Beyspiele hievon geben die verneinenden Dienstbarkeiten (§. 476).

3) Will man den Besitz eines solchen Rechtes erlangen, so ist es nicht genug, daß man von dem Andern eine Leistung erhält, oder etwas in der fremden Sache unternimmt, oder daß der Andere eine Handlung unterläßt, die er sonst als Eigenthümer zu unternehmen befugt gewesen wäre; sondern es muß dieses Leisten, Dulden oder Unterlassen eine Folge der ausdrücklich oder stillschweigend (§. 863) gemachten Forderung oder des Verbiethens, also nicht die Folge einer bloßen Gefälligkeit seyn. Die Besitzerwerbung eines Rechtes setzt demnach von Seite dessen, der das Recht ausübt, die Zumuthung einer Verbindlichkeit, und von Seite des Andern ein Nachgeben, in Beziehung auf diese Zumuthung, voraus, das durch wirkliches Leisten, Dulden oder Unterlassen an den Tag gelegt wird [1]).

4) Es ist daher außer Zweifel, daß, wenn erwiesen wird, oder aus den Umständen erhellet, daß Jemand einem Andern nur aus Gefälligkeit etwas leistet oder zu thun unterläßt, oder seine eigenthümliche Sache ihm aus diesem Grunde zur Benützung überläßt, der Andere dadurch in den Besitz eines Rechtes nicht komme. Nur fragt es sich hier, wer den Beweis übernehmen müsse, wenn es zweifelhaft ist, ob die Leistung, Gestattung oder Unterlassung in Folge einer zugemutheten Verbindlichkeit oder aus bloßer Gefälligkeit geschehen sey? — Handelt es sich um ein bejahendes oder ein Verbothsrecht, dann ist es ebenfalls zweifelsfrey, daß derjenige, der das erstere behauptet, den Beweis liefern müsse; denn der §. spricht ausdrücklich von der Forderung einer Schuldigkeit und von einem fremden Verbothe; — dagegen sagt er, in Ansehung des verneinenden Rechtes, lediglich, daß der Gebrauch eines Rechtes gemacht werde, wenn Jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung

1) Siehe den Besitz nach dem österreichischen bürgerlichen Rechte; vom [illegible] k. k. Rath und Professor Dr. Joseph Winniwarter, in des Herrn Vicepräsidenten Dr. Carl Ritter v. Pratobevera Materialien 1. B., S. 123 — 135.

zu seinem Nutzen anwendet; nun aber kann diese Gestattung sowohl die Folge einer stillschweigenden Anerkennung des Rechtes seyn, als aus bloßem guten Willen herrühren, wie z. B., wenn Jemand von dem Brunnen seines Nachbars, mit dessen Gestattung, sein nöthiges Wasser hohlt. Ist hier im Zweifel, zu vermuthen, daß derjenige, der das Wasser hohlt, dieses in Folge eines ihm vermeintlich zustehenden Rechtes, oder nur die Gefälligkeit seines Nachbars benützend, unternehme? — Ich glaube das erstere, und zwar aus folgenden zwey Gründen: a) Das Gesetzbuch für Westgallizien, als Entwurf des gegenwärtigen, drückt sich im §. 34 des zweyten Theiles dießfalls auf folgende Art aus: „Der Gebrauch eines Rechtes tritt ein, wenn uns Jemand gestattet, und uns berechtiget hält, eine ihm gehörige Sache zu unserm Nutzen zu verwenden." — Dieser Beysatz, „und uns berechtiget hält," ist nun in das gegenwärtige Gesetzbuch nicht übertragen worden, obgleich er für die gegentheilige Behauptung entscheidend gewesen wäre. b) Der §. 479 enthält ausdrücklich, daß Begünstigungen, die ordentlicher Weise Servituten sind, auch bloß auf Widerrufen zugestanden werden können; daß aber diese Abweichung von der Natur einer Servitut nicht vermuthet werde, sondern von demjenigen, der sie behauptet, erwiesen werden müsse. Nun besteht aber gerade die Wesenheit einer bejahenden Servitut darin, daß der Eigenthümer zum Vortheile eines Andern, in Rücksicht seiner Sache, etwas duldet.

5) Besitzen Mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so wird der Besitz des Rechtes eigentlich nur gegen denjenigen erworben, von dem die Leistung als eine Schuldigkeit gefordert wurde; dann welcher die Verwendung der Sache zum Nutzen des Andern gestattet hat; oder gegen den das Verboth gerichtet gewesen ist, und der in Folge dieses Verbothes die Handlung, die er sonst zu verüben befugt gewesen wäre, unterlassen hat. Eine Ausnahme von dem Gesagten würde nur dann eintreten, wenn die Person, gegen welche der Besitz unmittelbar erlangt würde, als der Vorsteher oder der Bevollmächtigte der ganzen Gemeinschaft gehandelt hätte.

§. 314.

Den Besitz, sowohl von Rechten, als von körperlichen Sachen, erlangt man entweder unmittelbar, wenn man freystehender Rechte und Sachen; oder mittelbar, wenn man eines Rechtes oder einer Sache, die einem Andern gehört, habhaft wird.

1) Das Gesetz unterscheidet hier zweyerley Arten, den Besitz einer Sache zu erlangen, nähmlich eine unmittelbare und eine mittelbare Erwerbungsart. Unmittelbar erlangt man einen Besitz, wenn man freystehende Sachen in seinen Besitz bringt, oder Rechte in einer freystehenden Sache auszuüben anfängt, z. B. das ausschließende Recht zu fischen in einem freystehenden Bache; mittelbar, wenn man die Sache eines Andern in seinen Besitz bringt, oder zur Ausübung eines Rechtes gelangt, welches bisher einem Anderen zugestanden ist, z. B. des Jagdrechtes.

2) Die mittelbare Erwerbungsart des Besitzes ist gleichfalls zweyfach: sie kann eigenmächtig geschehen, oder durch Uebergabe vor sich gehen, wenn nähmlich der gegenwärtige Inhaber in seinem oder eines Anderen Nahmen die Sache überträgt, oder die Ausübung des Rechtes in der Sache, welche er inne hat, wirklich einräumt, oder das bisher von ihm auf die Sache eines Andern ausgeübte Recht dem besitzerwerbenden Theile zur Ausübung überläßt, und mit dieser Ueberlassung gewisse in die Sinne fallende Handlungen verbindet, durch welche sich der Ueberträger entweder außer Stand setzt, ausschließend über das übertragene Recht zu verfügen, oder andere Personen in die Möglichkeit setzt, zu erkennen, daß das Recht einem Andern überlassen worden ist. Denn die bloße Einräumung eines Rechtes kann ohne dergleichen Handlungen noch keinen Besitz begründen. Man kann z. B. von demjenigen, welcher Jemanden sein Jagdrecht überläßt, noch nicht sagen, daß er ihm auch den Besitz desselben eingeräumt habe.

§. 315.

Durch die unmittelbare und durch die mittelbare eigenmächtige Besitzergreifung erhält man nur so viel in Besitz, als wirklich ergriffen, betreten, gebraucht, bezeichnet oder in Verwahrung gebracht worden ist; bey der mittelbaren, wenn uns der Inhaber in seinem oder eines Andern Nahmen ein Recht oder eine Sache überläßt, erhält man alles, was der vorige Inhaber gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat, ohne daß es nöthig ist, jeden Theil des Ganzen besonders zu übernehmen.

1) In Ansehung des Umfanges der Erwerbung eines Besitzes sind die im vorigen §. erwähnten verschiedenen Erwerbungsarten vor Augen zu halten. Hiebey gilt der Grundsatz: Das Gegründete kann sich nicht weiter erstrecken, als der Grund. Der Grund der Besitzerwerbung bey freystehenden Sachen ist, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller bemerkte, die Besitzergreifung selbst. Es ist daher ganz natürlich, daß nur so viel in Besitz ergriffen werden könne, als bey beweglichen Sachen der Besitzergreifer durch physische Ergreifung, Wegführung oder Verwahrung wirklich in seine Macht oder Gewahrsame gebracht hat, oder als er bey unbeweglichen Sachen durch Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung wirklich als ihm eigenthümlich angehörig dargestellt wissen will. Denn bey freystehenden Sachen hängt es einzig von dem Willen des Erwerbers ab, wie viel er davon in Besitz nehmen wolle (§. 317); wenn er also damit solche Zeichen verbindet, aus welchen sich sein Wille darstellet, wie viel er in Besitz nehmen wolle, so muß er in den wirklichen Besitz dieses Quantums, aber auch keines mehreren, treten, weil von diesem Augenblicke an kein Mensch mehr das Recht hat, auf Sachen zu greifen, die bereits Jemand sich zuzueignen durch unzweydeutige Zeichen erkläret hat, alles Uebrige aber im unverän-

derten Zustande bleibt. Als solche unzweydeutige Zeichen sind aber auch (§. 312) die oben benannten Handlungen zu rechnen.

2) Das hier Gesagte gilt auch von dem Falle, als die Sache keine freystehende mehr ist, sondern wirklich einen Eigenthümer besitzt, aber der Besitz des neuen Erwerbers nicht durch eine Uebertragung des vorigen Besitzers, sondern durch eine eigenmächtige Handlung des Besitzergreifers erworben wird. Denn eben deßwegen, weil diese Besitzergreifung eine eigenmächtige Handlung ist, kann hier bloß der Wille des Besitzergreifers in Betrachtung kommen; seine Erwerbung muß also ebenfalls aus dem Umfange der Besitzergreifung beurtheilet werden. Uebrigens macht es keinen Unterschied, ob die eigenmächtige Besitzergreifung der bereits einem Andern gehörigen Sache im guten Glauben, oder mit Bewußtseyn des Unrechtes geschehen sey oder nicht; denn hier handelt es sich nicht um eine bestimmte Eigenschaft des Besitzes, sondern um das Factische des Besitzes selbst, bey welchem nur der Wille des Besitzers, in Verbindung mit der äußern Handlung, die den Besitz begründet, in Berücksichtigung zu ziehen ist.

3) Wird aber ein Besitz von einem Andern an uns übertragen, so hängt es hauptsächlich von der Erklärung des Ueberträgers ab, was er uns überlassen wolle. Dieses Wollen ist zwar an und für sich zur Besitzerwerbung nicht hinreichend; es muß nicht nur allein auch unsere Willensäußerung hinzukommen, sondern, der Regel nach, auch eine äußere Handlung vor sich gehen, wodurch wir an Tag legen, daß wir dasjenige, was uns der Ueberträger überlassen will, auch wirklich in Besitz nehmen wollen. Diesen Willen drücken wir aber auch schon dadurch gegen dritte Personen sichtbar aus, wenn wir einen Theil dessen, was bereits der Uebergeber als ein Ganzes behandelt, auf die oben (§. 312) bezeichnete Weise in unsere Macht oder Gewahrsame bringen. So erwirbt also z. B. derjenige, welcher in den Besitz eines unbeweglichen Gutes eingeführt wird, alle mit selbem in Verbindung stehenden Grundstücke, ohne daß er nöthig hatte, dieselben einzeln zu betreten oder zu bezeichnen, dann auch alle Pertinenzstücke, z. B. Brunneneimer, Seile, Ketten, Löschgeräthe u. s. w., ohne daß früher eine wirkliche physische Ergrei-

fung dieser, ihrer Natur nach beweglichen Sachen hinzutreten müßte. Ja es ist bey dieser Uebertragung des Besitzes von Einem auf den Andern nicht einmahl die physische Besitzergreifung auch nur eines Theils der übergebenen Sache nothwendig, sondern diese Besitzergreifung kann öfters auch auf eine symbolische Art, ja manchmahl durch eine bloße Erklärung des Willens, vor sich gehen, wie §§. 319, 427 u. 428 näher auseinander gesetzt werden wird. In allen diesen Fällen erwirbt man den Besitz von Allem, was der Vormann wirklich besaß und auf seinen Nachfolger übertragen zu wollen erkläret hat; denn in diesem Falle sind, wie Herr Professor Winniwarter bemerkte [1]), nicht gleichsam erst die Gränzen auszustecken, innerhalb welchen der Besitz bestehen soll, sondern es handelt sich nur darum, daß eine Gewißheit über die zwischen Zweyen vorgenommene Veränderung ihrer Rechtsverhältnisse erlangt werde, was, nach Verschiedenheit der Umstände, durch Worte eben so gut, als durch jede äußere Handlung geschehen kann.

§. 316.

Rechtmäßiger, unrechtmäßiger Besitz.

Der Besitz einer Sache heißt rechtmäßig, wenn er auf einem gültigen Titel, das ist, auf einem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrunde beruhet. Im entgegengesetzten Falle heißt er unrechtmäßig.

1) Bisher handelte das Gesetzbuch von dem Besitze im Allgemeinen. Nun geht dasselbe auf die bestimmten Beschaffenheiten des Besitzes selbst über. Der Besitz jeder Art kann rechtmäßig oder unrechtmäßig, redlich oder unredlich, echt oder unecht seyn. Jede dieser Arten des Besitzes zieht verschiedene Rechte oder Verbindlichkeiten des Besitzers nach sich. — Zuerst von der Rechtmäßigkeit des Besitzes.

2) Der Besitz, als Inhabung, mit der Absicht, die Sache als die seinige zu behalten, muß, um rechtmäßig zu seyn, auf einem gültigen Titel, d. i. auf einem an und für sich zur Er-

1) An a. O. S. 125.

werbung des Eigenthumes geeigneten Rechtsgrunde beruhen, durch den man die Sache oder das beabsichtigte Recht wirklich erworben haben würde, wenn der Vormann berechtiget gewesen wäre, die Sache oder das Recht auf einen Andern zu übertragen, z. B. Erbfolge, Schenkung, Kauf. Ob der Besitzer wisse, daß sein Vormann zur Uebertragung der Sache oder des Rechtes nicht berechtigt gewesen sey, darauf kömmt es bey der Beurtheilung der Rechtmäßigkeit des Besitzes nicht an. Diese Meinung, welche wenigstens den Wortlaut des Gesetzes für sich haben dürfte, ist aber in der neuern Zeit bestritten und die Behauptung aufgestellt worden, daß der hier berührte Rechtsgrund auch mit der Redlichkeit, mit dem guten Glauben des Besitzers verbunden seyn müsse [1]). Allein schon die Ordnung, in welcher das Gesetz die verschiedenen Eigenschaften des Besitzes behandelt, — daß es nähmlich zuerst die Rechtmäßigkeit, dann aber die Redlichkeit des Besitzes erklärt, — dürfte darauf hindeuten, daß, nach der Absicht des höchsten Gesetzgebers, die Rechtmäßigkeit des Besitzes nicht nothwendig die Redlichkeit in sich begreifen müsse, da in diesem Falle die natürliche Ordnung mit sich gebracht hätte, mit der Redlichkeit des Besitzes den Anfang zu machen, und dann erst auf dessen Rechtmäßigkeit überzugehen [2]). Diese von dem Gesetzgeber beobachtete Ordnung ist besonders bey der Lehre von der Verjährung auffallend. Dort wird §. 1460 u. 1461 vorerst der rechtmäßige Besitz als wesentliches Erforderniß zur Ersitzung aufgeführt, dann heißt es noch im §. 1462 u. 1463, daß der Besitz redlich seyn müsse. Wenn nun der Begriff der Redlichkeit nothwendig mit dem der Rechtmäßigkeit verbunden wäre — zu was die besondere Ausscheidung? — Es sey nur hier erlaubt, die vom Herrn Professor v. Gapp in seiner citirten Abhandlung §. 5 kurz hingeworfenen Fragepuncte, bey deren Beantwortung

---

1) Siehe Erörterung der Begriffe redlicher — unredlicher Besitzer; rechtmäßiger — unrechtmäßiger; echter — unechter Besitz; nach den Bestimmungen des österr. bürgl. G. B. Vom Herrn Professor Anton Edlen v. Gapp. Wagn. Zeitsch. 1828. XII. Heft, S. 297 — 323.

2) Dieses scheint Herr Professor v. Gapp selbst zu fühlen, da er in seiner Abhandlung wirklich von der Ordnung des Gesetzbuches, wie es scheint, eben aus diesem Grunde abweicht.

man bey der Ansicht, die ich hier vertheidige, in Verlegenheit gerathen könnte, hier anzuführen. Er sagt:

„Man hebe als Beyspiel nur die einzige Frage heraus: Ist Jener, der die gestohlene Sache wissentlich vom Diebe kauft, rechtmäßiger Besitzer (§. 309), nicht bloß Inhaber derselben? — Wer bloß die gesetzliche Bestimmung des §. 1461 zum Grunde legt, wird, in Beziehung auf denselben allein, folgerichtig die Frage bejahen [1])."

„Fragt man aber weiter: Kann wohl der Dieb, der offenbar kein Recht hat, die gestohlene Sache zu besitzen — mögen ihm auch, so lange er nicht als Dieb erkannt wird, die Vortheile des Besitzes, oder die sogenannten Besitzrechte zu Statten kommen — das Recht zu besitzen abtreten (442)? — Oder kann wohl dasjenige, was geradezu unerlaubt ist, der Gegenstand eines gültigen Vertrages werden (§. 878)? — Oder kann ein ungültiger Vertrag ein gültiger Titel, ein zur Erwerbung tauglicher Rechtsgrund seyn (316), und sohin dahin führen, auch nur beziehungsweise für den wahren Eigenthümer gehalten zu werden (§. 372)?"

Ich antworte auf diese Fragen: der Dieb tritt dadurch, daß er die gestohlene Sache dem Käufer übergibt, offenbar die Inhabung derselben an den letzteren ab, und in so weit der Käufer den Willen hat, sie als die seinige zu behalten, wird er ihr Besitzer; er erhält hiemit das Besitzrecht (jus possessionis), und in so fern dasselbe zugleich das jus ad posidendum in sich begreift, auch selbes. Denn der Besitz ist, wie bereits erwähnt worden, ein bloß factisches Verhältniß, mit dem das Gesetz gewisse Rechte in Verbindung gesetzt hat. Es geschieht also hier eigentlich keine Uebertragung von Rechten, sondern lediglich eine Aenderung des factischen Verhältnisses, und die damit verbundenen Rechte gründen sich nicht in dem Willen des früheren Besitzers, sondern in der unmittelbaren Verfügung des Gesetzes selbst. — Uebrigens gilt der bezogene §. 442 der Regel nach,

---

1) Ich beantworte diese Frage nicht nur aus dem §. 1461 bejahend, sondern auch aus dem §. 309, nach welchem sich der Inhaber einer Sache von deren Besitzer gerade darin unterscheidet, daß letzterer den Willen hat, dieselbe als seine eigene zu behalten, ersterer aber nicht.

ohne Unterschied von demjenigen, der davon Wissenschaft hat, daß dem Ueberträger das übergebene Recht nicht zukomme, als von dem, der dieses nicht weiß; daher auch diese aufgeworfene Rechtsfrage nicht zur Ueberzeugung führen kann, daß der rechtmäßige Besitzer auch immer ein redlicher seyn müsse. Das Unerlaubte kann ja nie der Gegenstand eines gültigen Vertrages werden, und somit könnte auch der Dieb, der die verkaufte gestohlene Sache noch nicht übergeben hat, und vielleicht späterhin den Willen faßt, dieselbe dem Eigenthümer wieder zurückzustellen, von dem Käufer zur Erfüllung seines Vertrages nicht rechtlich angehalten werden. — Allein ist der Vertrag bereits erfüllt, so erlangt der Käufer, in Ansehung des factischen Verhältnisses, in dem er sich befindet, den Besitz. — Die Frage: wie ein ungültiger Vertrag ein gültiger Titel, ein zur Erwerbung tauglicher Rechtsgrund seyn, und dahin führen könne, beziehungsweise für den wahren Eigenthümer gehalten zu werden (§. 372)? wird dahin beantwortet, daß es nach unseren bürgerlichen Gesetzen mehrere Fälle gebe, wo ein ungültiger Vertrag unter besondern Umständen ein zur Erwerbung tauglicher Rechtsgrund werden könne; und insbesondere, daß ein ungültiger Vertrag dahin führen könne, beziehungsweise für den wahren Eigenthümer gehalten zu werden. Wer z. B. Jemanden durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage zwingt, schließt einen ungültigen Vertrag (§. 870). Gewiß wird sich aber der dritte Besitzer der Sache, die in Folge des geschlossenen Vertrages an ersteren übergeben worden ist, vor der Klage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthume nicht schützen können, wenn er erweiset, daß die von ihm besessene Sache nur in Folge eines durch eingesagte Furcht geschlossenen Vertrages an den Kläger gekommen sey, da nur dem andern Paciscenten das Recht zusteht, die Ungültigkeits-Erklärung des Vertrages zu verlangen. (§. 870.)

§. 317.

Haupttitel des rechtmäßigen Besitzes.

Der Titel liegt bey freystehenden Sachen in der angebornen Freyheit zu Handlungen, wodurch die

Rechte Anderer nicht verletzet werden; bey andern in dem Willen des vorigen Besitzers, oder in dem Ausspruche des Richters, oder endlich in dem Gesetze, wodurch Jemanden das Recht zum Besitze ertheilet wird.

1) Besitz ist an und für sich vom Eigenthume wesentlich verschieden. Nicht jeder Besitzer ist Eigenthümer der von ihm besessenen Sache. Indessen ist es unmöglich, daß es einen Besitzer einer freystehenden Sache gebe, der nicht zugleich Eigenthümer derselben wäre. Denn eben dadurch, daß der Besitzer die freystehende Sache als die seinige behalten will, worin die Wesenheit des Besitzes besteht, wird er Eigenthümer derselben. Bey freystehenden Sachen fällt daher der Titel zum Besitze, mit dem zum Eigenthume, in Einen zusammen; — er liegt nähmlich darin, daß jeder Mensch das angeborne Recht zu allen jenen Handlungen hat, wodurch er in die Rechtssphäre eines Andern nicht eingreift, welches gewiß auch dann der Fall ist, wenn sich Jemand eine Sache zueignet, die noch in keines Menschen Eigenthume ist. Es kann also auch bey freystehenden Sachen keinen andern, als einen rechtmäßigen Besitz geben.

2) Ist aber eine Sache einmahl aus der Reihe der freystehenden herausgenommen worden und aus den Händen des ursprünglichen Erwerbers gekommen, so tritt die Möglichkeit ein, daß der Eigenthümer und Besitzer der Sache ganz verschiedene Personen seyen. Es kann daher auch der Titel zum Besitze von dem zum Eigenthume ganz verschieden seyn. Der gegenwärtige §. zeigt, auf wie vielerley Art und Weise Jemand einen Titel zum Besitze erlangen kann, d. h. er führt jene thatsächlichen Verhältnisse auf, wodurch es Jemanden, der sich nicht im Besitze einer Sache befindet, rechtlich möglich wird, zu verlangen, daß ihm der Besitz abgetreten werde, wenn nähmlich eine rechtsgültige Erklärung des Besitzers vorliegt, daß er ihm den Besitz überlassen wolle, — oder wenn über einen abgeführten Rechtsstreit das richterliche Erkenntniß dahin ausgefallen ist, daß der Besitz an den Andern abgetreten werden solle, oder wenn in gewissen

Fällen das Gesetz selbst dieses ausspricht, wovon z. B. die §§. 346 und 376 Beyspiele liefern. — Da der Richter auf Besitzesabtretung nicht erkennen kann, wenn derjenige, dem der Besitz abgetreten werden soll, keinen Titel des Besitzes ausgewiesen hat, so scheint der richterliche Ausspruch hier nicht als ein selbstständiger Titel angeführt werden zu dürfen; allein das Gesetz führt ihn hier eines Theils deßwegen als einen solchen auf, weil, wenn einmahl ein solcher gerichtlicher Ausspruch vorliegt, in die Frage, ob demjenigen, der diesen Ausspruch für sich hat, wirklich ein solcher Titel zukomme, oder ob nicht vielmehr der Richter sich selbst bey Zuerkennung desselben in einem Irrthume befunden habe, gar nicht mehr eingegangen werden könne; anderen Theils kann es wohl einige Fälle geben, wo der Richter Jemanden den Titel zum Besitze einräumen kann, ohne daß ein solcher früher vorhanden gewesen war, wie z. B. bey executiver Einantwortung eines öffentlichen oder Privatschuldscheines, oder bey der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache (§. 841).

3) Aus der Bemerkung, daß der Titel zum Besitze von dem zum Eigenthume verschieden seyn könne, ergibt sich auch, daß selbst der Eigenthümer einer Sache unrechtmäßiger Besitzer derselben werden könne. Denn hat der Eigenthümer einer Sache den Besitz derselben einmahl verloren, und kommt dann später wieder in denselben, so ist sein Besitz gleichfalls nur dann als ein rechtmäßiger anzusehen, wenn der vorige Besitzer aus freyem Willen ihm den Besitz derselben zugestand, oder wenn er durch richterlichen Ausspruch in den Besitz gesetzt worden wäre. Würde daher z. B. der Eigenthümer dem Besitzer die Sache heimlicher oder gewaltthätiger Weise entziehen, so wäre er als ein unrechtmäßiger Besitzer anzusehen.

§. 318.

Der Inhaber hat noch keinen Titel,

Dem Inhaber, der eine Sache nicht in seinem, sondern im Nahmen eines Andern inne hat, kommt noch kein Rechtsgrund zur Besitznahme dieser Sache zu.

§. 319.

und kann ihn nicht eigenmächtig erlangen.

Der Inhaber einer Sache ist nicht berechtigt, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln, und sich dadurch eines Titels anzumaßen; wohl aber kann derjenige, welcher bisher eine Sache in eigenem Nahmen rechtmäßig besaß, das Besitzrecht einem Andern überlassen und sie künftig in dessen Nahmen inne haben.

1) Daß in dem Factum der Innehabung einer Sache noch kein Rechtsgrund liegen könne, dieselbe als die seinige zu behandeln, d. i. in Besitz zu nehmen, fällt in die Begriffe. Daraus folgt aber nicht, daß sich nicht der Inhaber einer Sache durch den bloßen Willen, dieselbe als sein Eigenthum zu behalten, in den Besitz derselben setzen könne, denn es treffen in diesem Falle bey ihm die wesentlichen Erfordernisse eines Besitzes ein (§. 309). Nur ist er in diesem Falle ein unrechtmäßiger, und, wenn es ohne redliche Meinung geschähe, auch ein unredlicher Besitzer. Es kömmt selbst demjenigen, dem von dem Besitzer eine Sache z. B. zur Verwahrung anvertraut wurde, wenn er in selber in der Folge sein ihm abhanden gekommenes Eigenthum erkennet, noch kein Rechtsgrund zur Besitznahme derselben zu, sondern er muß entweder den Besitzer dahin vermögen, daß er ihm den Besitz freywillig abtrete, oder er muß einen richterlichen Ausspruch hiezu erwirken. Dieses spricht der §. 319 klar dadurch aus, daß er erkläret: der Inhaber einer Sache sey nicht berechtigt, den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig zu verwechseln. Der Grund, warum er die ihm eigenthümliche Sache in seine Gewahrsame überkommen hat, liegt im vorausgesetzten Falle im Verwahrungsvertrage; als Verwahrer ist er aber schuldig, die Sache dem frühern Besitzer auf sein Verlangen wieder zurückzustellen (§. 962); würde er ihm die Ausfolglassung derselben verweigern, so könnte dieses nur auf rechtliche Weise durch folgenden Weigerungsgrund geschehen: ich

weiß, müßte er sprechen, daß ich dir die mir anvertraute Sache in Folge des zwischen uns geschlossenen Verwahrungsvertrages auszufolgen schuldig bin; allein ich behalte selbe nicht mehr aus dem Grunde dieses Vertrages, sondern aus dem Grunde meines Eigenthums- oder früheren Besitzrechtes in meiner Gewahrsame; dadurch würde er aber offenbar den Grund seiner Gewahrsame eigenmächtig ändern, weil er die Sache nicht in Folge seines Eigenthums- oder früheren Besitzrechtes, sondern in Folge des mit ihm geschlossenen Verwahrungsvertrages in seine Gewahrsame bekommen hat.

2) Anders aber verhält es sich, wenn der frühere Besitzer sich freywillig erklärte, daß er die Sache, die er einem Andern z. B. zur Verwahrung übergeben hat, nicht mehr als die seinige behalten wolle, sondern daß sie dem Inhaber sodann als Eigenthümer angehören solle. In diesem Falle wird der letztere, vorausgesetzt, daß auch sein Wille dahin gehet, diese Sache als die seinige zu behalten (denn wider seinen Willen kann, nach dem §. 309 aufgestellten Begriffe, Niemand Besitzer seyn), sogleich in den rechtmäßigen Besitz eintreten, ohne daß eine neue Bemächtigung oder Besitzergreifung nothwendig wäre.

3) Es kann aber auch der Besitzer einer Sache, die er selbst in seiner Gewahrsame hat, seinen Willen dahin erklären, daß er selbe künftig nicht mehr im eigenen, sondern im Nahmen eines Andern inne haben wolle; und in diesem Falle wird der Andere, vorausgesetzt, daß auch sein Wille dahin gerichtet ist, als der Besitzer derselben anzusehen seyn. Bemerkenswerth ist, daß der Gesetzgeber hier sich des Ausdruckes „rechtmäßig" bedienet, woraus sich e contrario folgern läßt, daß der bloß redliche Besitzer der Sache, wenn er nicht zugleich ein rechtmäßiger ist, den Besitz derselben durch eine solche bloße Erklarung an keinen Andern übertragen könne; wenigstens scheint es, daß dieser dadurch nicht rechtmäßiger Besitzer werde, sondern die Besitzrechte des Ueberträgers lediglich fortsetze.

§. 320.

Wirkung des bloßen Titels.

Durch einen gültigen Titel erhält man nur das Recht zum Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst. Wer nur das Recht zum Besitze hat, darf sich im Verweigerungsfalle nicht eigenmächtig in den Besitz setzen; er muß ihn von dem ordentlichen Richter, mit Anführung seines Titels, im Wege Rechtens fordern.

1) Der Titel zum Besitze unterscheidet sich wesentlich vom Besitze selbst. Der Besitz gibt, wie weiter unten vorkommen wird, in manchen Fällen das Recht, sich der Selbsthülfe zu bedienen; wer bloß einen gültigen Titel zum Besitze hat, ohne jedoch die aus dem wirklichen Besitze fließenden Rechte zu genießen, darf sich im Verweigerungsfalle nie eigenmächtig in den Besitz setzen, sondern muß ihn mittelst ordentlicher Klage im Wege Rechtens zu erlangen suchen. Hievon macht selbst der Fall der Dinglichkeit keine Ausnahme. Herr Hofrath v. Zeiller scheint zwar in seinem Commentare in solchen Fällen eine Ausnahme Platz greifen zu lassen; er führt als Beyspiel einen Räuber oder entfliehenden Dieb an; aber gerade diese angegebenen Beyspiele beweisen, daß er hier einen wirklichen Besitzer, und nicht einen solchen, welchem bloß ein Titel zum Besitze zukömmt, vor Augen hatte. Denn die Angriffe eines Räubers oder Diebes sind auf die Störung des wirklichen Besitzes, und nicht auf die Rechte desjenigen gerichtet, dem bloß ein Titel zum Besitze zukömmt.

2) Aus dem hier gesetzlich aufgestellten Unterschiede zwischen demjenigen, welcher nur einen gültigen Titel zum Besitze hat (jus ad posidendum), und demjenigen, dem wirklich Besitzesrechte (jura possessionis) zustehen, folgt auch, daß die sogenannten possessorischen Rechtsmittel nur in Bezug auf den letztern Statt haben. Darum kann auch ein Rechtsstreit, wo derjenige, der einen bloßen Titel zum Besitze hat, als Kläger auftritt, nur immer in petitorio verhandelt werden.

§. 321.

Erforderung zum wirklichen Besitzrechte.

Wo sogenannte Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher, oder andere dergleichen öffentliche Register eingeführt sind, wird der rechtmäßige Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen nur durch die ordentliche Eintragung in diese öffentlichen Bücher erlangt.

1) Bereits im Personenrechte haben wir gesehen, daß über die Standes- und Personenrechte öffentliche Bücher geführt zu werden pflegen, und es wurde in dieser Hinsicht besonders der Tauf-, Sterb- und Heirathsregister, und von der Art und Weise, wie dieselben geführt zu werden pflegen, Erwähnung gemacht. Aehnliche öffentliche Bücher wurden in den verschiedenen Theilen des österreichischen Kaiserstaates auch in Ansehung des Besitzes und der Belastung der unbeweglichen Güter von Zeit zu Zeit eingeführt. Sie führen den Nahmen Landtafel, Stadt- oder Grundbücher, je nachdem sie nähmlich über die zur Realgerichtsbarkeit der Landrechte gehörigen, oder über die, den Magistraten oder Grundherrschaften unterstehenden, Realitäten geführet werden. — Die Landtafeln wurden der Regel nach früher als die Grundbuchspatente eingeführet, und zwar, um der chronologischen Ordnung zu folgen, in Steyermark vermöge Patent vom 15. März 1730; für Kärnthen vermöge Patent vom 25. Juny 1746; in Krain vermöge Patent vom 24. Juny 1747; in Oesterreich ob der Enns durch die Patente vom 3. October 1754, vom 7. August 1762, welche durch das Patent vom 10. Jänner 1791 auch auf das Innviertel ausgedehnt wurden; in Oesterreich unter der Enns durch das Patent vom 24. November 1758, und die Landtafelinstruction vom 15. Februar 1759; in Görz und Gradiska vermöge Patent vom 10. Jänner 1761; in Triest vermöge Patent vom 26. October 1772; in Gallizien vermöge Patent vom 4. März 1780; im Breisgau durch das Patent vom 1. August 1780. Auch in der Bukowina, dann in Böhmen und Mäh-

ren bestanden seit langen Zeiten solche Landtafeln; in ersterer Provinz erhielten sie aber durch Hofdecrete vom 17. Jänner 1791 und 22. Febr. 1804, in letztern hingegen durch das Patent vom 22. April 1794 eine neue Regulirung. Was die Stadt- und Grundbücher anbelangt, so wurden solche in Oesterreich unter der Enns durch das Patent vom 1. Sept. 1765 für die Stadt Wien und die in dem Burgfrieden derselben befindlichen Grundobrigkeiten, dann die landesfürstlichen Städte und Märkte; ferner in Oesterreich ob der Enns durch die Patente vom 24. July 1791 und 2. November 1792 [1]); in Steyermark für die landesfürstlichen Städte und Märkte durch das Patent vom 31. October 1736, republicirt in Folge Hofdecrets vom 1. December 1796, und für die Gutsherrschaften durch das Patent vom 19. November 1768; in Krain durch Verordnung vom 28. September 1771 für die landesfürstlichen Städte und Märkte, und durch das Patent vom 21. July 1769 für die Obrigkeiten und unterthänigen Städte und Märkte; für Kärnthen durch die Patente vom 5. November 1768 und 24. July 1772; dann für die Stadt Lemberg in Folge Hofdecrets vom 25. May 1792 eingeführt.

2) Ueber die Art und Weise, wie diese Bücher geführt werden sollen, enthält das Landtafelpatent für Böhmen und Mähren die vollständigsten Bestimmungen, daher auch bey den neuern in Landtafel- und Grundbuchssachen erlassenen Gesetzen sich größtentheils auf dasselbe bezogen, und überhaupt sich auch dermahlen in andern Provinzen, wenn es sich um Errichtung solcher neuer Bücher handelt, darnach benommen wird. Zufolge dieses Patentes bestehen diese öffentlichen Bücher aus zwey Haupttheilen, nähmlich: a) dem Haupt- und b) dem Urkundenbuche. Das erstere ist dazu bestimmt, die Nahmen der unbeweglichen Güter, und in Ansehung der unterthänigen Güter, auch deren nähere Bezeichnungen, dann die besondern Belastungen derselben einzutragen; in das letztere werden die Urkunden geschrieben, worauf sich die Besitzveränderungen und die Bela-

1) Diese Patente wurden, vermöge Justiz-Hofdecret vom 7. März 1818 vom 1. April 1818 an, in dem Innkreise und den Parzellen des Hausruckkreises wieder eingeführt.

stungen gründen. Das Hauptbuch macht eigentlich die Grundfeste der Landtafel oder des Grundbuches aus, indem das sächliche Recht nur durch die Einschreibung in dasselbe, jedoch auch durch diese nur in so weit erwirket wird, als die in die Urkundenbücher eingetragenen Urkunden, welche für sich allein keineswegs ein sächliches Recht begründen, hinlänglich sind, die Rechtmäßigkeit der geschehenen Vorschreibung in das Hauptbuch zu beweisen. Bey jeder Rubrik des unbeweglichen Gutes ist der eigentliche Besitzer anzuführen; sind mehrere Besitzer zu gleichen oder ungleichen Theilen, so ist jeder derselben mit dem Antheil, der ihm gebührt, anzumerken. Gehört das Gut einer Gemeinde, so ist es genug, wenn diese mit der Benennung, unter welcher sie allgemein bekannt ist, angeführt wird.

3) Der §. spricht vom rechtmäßigen Besitzer. Diesem Ausdruck pflegen einige Commentatoren einen von der Erklärung des Gesetzgebers abweichenden Sinn zu unterlegen, indem sie sagen, derselbe bedeute hier so viel, als gesetzmäßig, oder nach der vom Gesetz bestimmten Form. Ich kann dieser Ansicht nicht beypflichten, sondern glaube, daß der Ausdruck „rechtmäßig" in gar keinem andern Sinne zu nehmen sey, als den der höchste Gesetzgeber selbst diesem Ausdrucke in andern Fällen unterlegt haben wissen will. Ueberhaupt halte ich dafür, man lege hier zu viel Gewicht auf den Ausdruck „Rechtmäßigkeit." Der Begriff, der hier hervorgehoben werden soll, ist der des Besitzes selbst. Nachdem der höchste Gesetzgeber in den §§. 309 — 315 von dem Besitze im Allgemeinen gehandelt hat, geht er §. 316 auf die verschiedenen Arten des Besitzes über, und handelt anfänglich von dem rechtmäßigen, dann dem redlichen, und endlich von dem echten Besitze. Der gegenwärtige §. hat seine Stellung noch mitten unter denjenigen §§., welche von dem rechtmäßigen Besitze handeln. Ich glaube daher auch, daß der Ausdruck „rechtmäßig" hier in keiner andern Bedeutung, als der von dem Gesetzgeber selbst (§. 316) aufgestellten zu nehmen sey. Wenn man den gegenwärtigen §. mit dem frühern zusammenhält, so scheint der Sinn des ersteren nicht schwer zu entnehmen. Der §. 320 sagt, daß man durch einen gültigen Titel nur das Recht zum

Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst erlange, und der gegenwärtige §. schreibt vor, was derjenige, welcher einen gültigen Titel zum Besitze eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen hat, thun müsse, um das wirkliche Besitzrecht zu erwerben, nähmlich seinen Besitz in die öffentlichen Bücher eintragen lassen. Da nun der gegenwärtige §. einen, mit einem gültigen Titel versehenen Besitzer voraussetzt, so redet er daher auch ganz folgerecht von einem rechtmäßigen Besitz. — Meine Meinung stimmt daher im Wesentlichen mit der des Herrn Professors Winniwarter [1]) überein, daß hier der Begriff „Rechtmäßigkeit" keineswegs in dem Verstande zu nehmen sey, als wenn bey dem Besitze dinglicher Rechte auf unbewegliche Sachen die Rechtmäßigkeit des Besitzes in etwas anderm, als in der Rechtmäßigkeit des Titels bestünde; allein sie weicht darin ab, daß ich glaube, es sey nicht nothwendig, deßwegen das Wort „rechtmäßig" in einem andern Sinne zu nehmen; wer daher z. B. auf eine verfälschte Schenkungsurkunde sich in den öffentlichen Büchern als Besitzer eingetragen findet, ist kein rechtmäßiger Besitzer; und so ist derjenige, dem in Folge des gültig abgeschlossenen Kaufcontractes das Haus ohne grundbüchliche Anschreibung in seine physische Gewahrsame übergeben worden ist, kein rechtmäßiger wirklicher Besitzer. Meine Behauptung stimmt auch mit der Marginalrubrik dieses §. überein, wo es heißt: Erforderung zum wirklichen Besitzrechte [2])

1) In den Materialien des Herrn Vicepräsidenten Pratobevera 1. B., S. 1131.

2) In Gallizien wurden die auch außer dem Executionswege üblich gewesenen Intermissionen, das ist, die Einführung in den Besitz von Realitäten durch die Granzkammerer, als in keinem Gesetze gegründet, durch Hofdecret vom 2. August 1811, J. G. S. Nr. 952, abgestellt, und zugleich angeordnet, denselben bey den ihnen im Executionswege aufzutragenden Besitzeinführungen zu verordnen, daß solche nur gegen denjenigen, wider welchen sie bewirkt worden, nicht aber gegen andere, wider welche kein Besitzrecht erstanden worden, wirken und vorgenommen, hiermit von den Granzkammerern sich mit den nicht ausdrücklich zuerkannten Rechten wider Nachbarn oder Unterthanen nicht befasset, sondern derjenige, der wider solche ein Besitzrecht anspricht und geltend machen will, auf die gesetzlichen Wege gewiesen werden solle. — Diese Vorschrift hat sich, vermöge Hofdecret vom 13. Nov. 1812, J. G. S., Nr. 1913 auf alle unbewegliche Grundstücke zu erstrecken, da der Besitz und die Uebergabe nur durch die öffentlichen Bucher erlangt und bewirket werden kann. Solche öffentliche Register und Acten bestehen auch schon seit

4) Diese hier angeführte Bemerkung führet zu einer weitern, nähmlich der: daß es in Ansehung unbeweglicher Sachen einen doppelten Besitz gebe, und zwar einen Naturalbesitz und einen Tabularbesitz. Es kann nähmlich A ein unbewegliches Gut in seiner Macht und Gewahrsame haben, mit dem Willen, es als das seinige zu behalten, und B kann in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer desselben eingetragen seyn. In diesem Falle befindet sich A im Naturalbesitze, B aber im Tabularbesitze eines und desselben Gutes. Einige österreichische Rechtsgelehrte wollen zwar einen bloß natürlichen Besitz im Gegensatze von einem bloß bürgerlichen, oder in Bezug auf unbewegliche Güter, einen Tabularbesitz gar nicht gelten lassen, und behaupten, daß das österreichische Recht einen bloß natürlichen physischen Besitz gar nicht kenne, sondern daß dieser Ausdruck entweder die bloße Inhabung, oder etwas bedeute, welchem gar kein gesetzlicher Begriff entspricht [1]). Allein, wenn es auch gleich seine Richtigkeit hat, daß das österreichische Gesetzbuch selbst die von einigen Rechtslehrern angenommene Eintheilung in natürlichen und bürgerlichen Besitz nicht ausdrücklich aufgenommen hat, so muß doch hier erwogen werden, daß der Besitz, als solcher, ein bloß factisches Verhältniß ist, und daß, um in die wichtige Lehre über den Besitz, Klarheit und Consequenz zu bringen, die Theorie sich damit beschäftigen müsse, die verschiedenen factischen Verhältnisse, die hier vorkommen können, genau von einander zu unterscheiden, und die hie und da zerstreut liegenden gesetzlichen Bestimmungen, nach welchen diese einzelnen factischen Verhältnisse beurtheilt

---

den alten Zeiten in den Städten Galliziens, und sollte es hieran irgendwo, oder auf dem flachen Lande gänzlich mangeln, so kann das unbewegliche Gut von dem Uebergeber an den Uebernehmer auch physisch, nach dem §. 312 des b. G. B., übertragen werden, ohne daß eine amtliche Intermission von Seite des Richters zur Erlangung des Eigenthumes nothig ist, und da der §. 1468 deutlich die Verschiedenheit der Besitzerwerbungen, wenn ordentliche öffentliche Bücher vorhanden sind oder mangeln, enthalt, so seyen in vorkommenden Fällen auch bey den Magistraten und Dominien die in dem Gesetze nicht aufgenommenen Intermissionen zu beseitigen.

1) Siehe die Abhandlung des Herrn Präsidenten Dominik Edlen von Dedachi über die Sicherstellung des Eigenthumes und anderer dinglichen Rechte, in den Wagner'schen Zeitschrift 1827, 2 H., S. 73.

werden müssen, aufzusuchen. Daraus wird aber auch nothwendig, diese einzelnen factischen Verhältnisse mit besondern Benennungen zu versehen, bey deren Wahl es nur darauf ankömmt, ob sie auch dem Geiste der gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Gewiß ist es nun, daß nach dem natürlichen Privatrechte derjenige, welcher eine unbewegliche Sache in seiner Macht und Gewahrsame und dabey den Willen hat, sie als die seinige zu behalten, im Besitze derselben sey, und ihm jene Rechte zukommen, welche das natürliche Privatrecht mit selben in Verbindung setzt. Der positive Gesetzgeber kann zwar aus Gründen der Gesetzgebungspolitik die Besitzrechte, in Ansehung dieser unbeweglichen Sachen, an bestimmte Formen knüpfen; er kann sogar befehlen, daß jedes factische Verhältniß, welches mit den bestimmten Formen nicht versehen ist, seiner Rechtswirkung nach lediglich als Inhabung, und nicht als Besitz anzusehen sey; allein er kann nicht verordnen, daß auch der factische Unterschied als aufgehoben anzusehen sey, und seine Anordnung kann sich auch nicht dahin ausdehnen, daß das factische Verhältniß, welches nach dem Naturrechte den Besitz begründet, auch nach natürlichem Rechte kein Besitz seyn solle. Es kann daher auch nicht gefehlt seyn, ein solches Verhältniß mit der Benennung „natürlicher Besitz" zu bezeichnen; höchstens könnte man in dem Falle, als der positive Gesetzgeber jeden Unterschied zwischen Inhabung und natürlichem Besitz ihrer beyderseitigen Rechtswirkung nach aufgehoben hätte, sagen, daß ein solcher Unterschied, nach positivem Rechte, practisch unwirksam sey, und es sich daher auch nicht der Mühe lohne, diese, der Rechtswirkung nach ganz gleichen Verhältnisse mit besonderen Benennungen zu versehen. Hat aber der positive Gesetzgeber selbst mit diesen verschiedenen factischen Verhältnissen verschiedene Rechte verknüpft, dann ist auch der theoretische Lehrer des positiven Rechts bemüßigt, dieselben mit verschiedenen Benennungen zu versehen. Nun kann aber nicht in Abrede gestellt werden, daß der österreichische Gesetzgeber dieses letztere gethan hat. Zur Begründung dieser Behauptung habe ich nur nöthig, mich auf den §. 1470 zu berufen, nach welchem derjenige, welcher eine unbewegliche Sache durch volle dreyßig

Jahre redlicher Weise mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten, in seiner Gewahrsame hat, das Eigenthum derselben (resp. den Titel hiezu) erwirbt, wogegen der bloße Inhaber, z. B. ein Miethmann, Sequester, eine solche Sache auch nach Verlauf eines längern Zeitraumes nicht als Eigenthum erlangt [1]).

5) Manche glauben auch einen Widerspruch bey Vergleichung des §. 313 mit dem gegenwärtigen §. zu entdecken. Sie sagen nähmlich: in dem §. 312 ordnet der Gesetzgeber an, daß man in den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte bloß durch den Gebrauch derselben im eigenen Nahmen komme, und daß, nach §. 313, insbesondere der Gebrauch eines verneinenden Rechts gemacht wird, wenn Jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen verwendet, ein solches verneinendes Recht aber sey, nach §. 427, offenbar eine Servitut — sohin ein dingliches Recht. — Es sey daher im §. 313 klar ausgesprochen, daß man bloß dadurch, wenn man die Sache eines Andern benützet, in den Besitz eines dinglichen Rechtes auf unbewegliche Sachen kommen könne; welchem der gegenwärtige §. aber widerspricht. Allein dieser Behauptung ist bereits bey Erklärung des §. 307 begegnet worden, wo die Bemerkung gemacht worden ist, daß es zweyerley Arten dinglicher Rechte gebe, nähmlich solche, die ihrer Natur nach, und solche, die ihrer Wirkung nach als dingliche Rechte anzusehen seyen. Von den letztern ist aber hier die Rede, welches auch die Marginalrubrik durch den Beysatz „wirkliches Besitzrecht" bezeichnet. Wer daher z. B. aus dem Brunnen seines Nachbars, mit dessen Gestattung, immer Wasser hohlt, kömmt dadurch allerdings in den Besitz eines (seiner Natur nach sich dazu eignenden) Servitutsrechtes, sein Besitzrecht ist aber nur gegen die Person seines Nachbars wirksam; tritt dieser das Eigenthum seines Brunnens an einen Andern ab, so kann der Besitz gegen den Nachfolger nicht fortgesetzt werden, weil er als dingliches, gegen jeden Besitzer

1) Daß die Benennung „natürlicher Besitz, Naturalbesitz," im Gegensatz des Tabularbesitzes, auch der gesetzlichen Sprache nicht fremd sey, beweisen die bey Erläuterung des §. 353 angeführten Verordnungen über die Fähigkeit zum Besitze landtäflicher Güter in Böhmen, Mähren und Gallizien.

des Brunnens geltendes Recht nur durch die Eintragung in die öffentlichen Bücher wirksam wird; eine Bemerkung, die besonders bey der Lehre der Verjährung von wirksamen Einflusse ist, und bey selber erst vollständig ins Klare gesetzt werden kann.

§. 322.

Ist eine bewegliche Sache nach und nach mehreren Personen übergeben worden, so gebührt das Besitzrecht derjenigen, welche sie in ihrer Macht hat. Ist aber die Sache unbeweglich, und sind öffentliche Bücher eingeführt, so steht das Besitzrecht ausschließlich demjenigen zu, welcher als Besitzer derselben eingeschrieben ist.

1) Daß der bloße Titel noch kein eigentliches Besitzrecht (jus possessionis) gebe, ist bereits §. 320 bemerkt worden. Wird aber die bewegliche Sache Jemanden in seine Macht und Gewahrsame übergeben, oder wird Jemand in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer der unbeweglichen Sache eingetragen, so kömmt er in den wirklichen Besitz, und erlangt dadurch auch die Besitzrechte. Diese Besitzesrechte gehen aber für ihn wieder verloren, wenn ein Anderer in den Besitz kömmt, d. h. wenn ein Anderer die bewegliche Sache in seine Macht und Gewahrsame bekömmt, und den Willen dabey hat, sie als die seinige zu behalten (§. 349), oder wenn die unbewegliche Sache auf den Nahmen eines Andern in den öffentlichen Büchern eingetragen wird (§. 350). Der gegenwärtige §. steht daher mit den §§. 349 und 350 im innigsten Zusammenhange, und erhält zugleich aus selben seine vollständige Erläuterung.

2) Der §. setzt daher offenbar voraus, daß eine bewegliche Sache nach und nach mehreren Personen nicht bloß in die Gewahrsame, sondern in den Besitz übergeben worden sey; denn hat der letzte Inhaber nicht zugleich den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er nicht Besitzer derselben; ihm gebühren daher auch keine Besitzrechte, und der Besitz ist dadurch für seinen Vorfahrer in der Inhabung nicht verloren gegangen.

3) Ist die Sache unbeweglich, und sind keine öffentlichen Bücher eingeführt, so steht das Besitzrecht ohne Zweifel demjenigen zu, der sich in einem solchen Verhältnisse zur Sache befindet, daß er Eigenthumsrechte über selbe, mit Ausschließung Anderer, ausübet, z. B. in dessen Nahmen das Grundstück bearbeitet wird; wer das Haus bewohnt und von den andern Wohnparteyen die Zinsungen einhebt u. s. w.

§. 323.

Der Besitzer kann zur Angabe des Rechtsgrundes nicht aufgefordert werden.

Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich; er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden.

1) Zu den Besitzesrechten (beatitudines possessionis), d. i. jenen Befugnissen, welche dem Besitzer, als solchem, und ohne Unterschied der Eigenschaft seines Besitzes, zustehen, gehört zuvörderst, daß er zur Angabe seines Titels nicht aufgefordert werden könne. Man behauptet zwar, daß diese Regel im Grunde von jedem Rechtsverhältnisse gelte [1]); allein wäre dieses richtig, so könnte es ja den Fall einer Aufforderung gar nicht geben. Wer z. B. sich gegen Jemand in dem Rechtsverhältnisse eines Gläubigers befindet, kann, im Falle er sich dessen rühmet, von seinem Schuldner verhalten werden, diesen Rechtszustand durch Anbringung einer ordentlichen Klage zu erweisen; ingleichen derjenige, welcher Handlungen ausübet, die ein Recht voraussetzen, so lange er nicht im wirklichen Besitze des Rechts ist. Sobald er aber im wirklichen Besitze des gerühmten Rechtes sich befindet, so findet eine Aufforderung nicht mehr Platz, sondern es liegt demjenigen, gegen den der Rechtsanspruch gerichtet ist, und der als der Verpflichtete erscheint, ob, darzuthun, daß seinem Gegner dieses Recht nicht zukomme. Zur Erläuterung des Ge-

1) Siehe des Herrn Professors Winniwarter Abhandlung über den Besitz, Mar. z. B., S. 149.

sagten ein Beyspiel. A räumt seinem Nachbar, dem Müller B, das Recht ein, das zur Vermahlung bestimmte Getreide über seine (A) eigenthümliche Wiese führen zu lassen. B will nun von diesem ihm eingeräumten Rechte Gebrauch machen, aber A läßt schon den ersten Wagen nicht passiren, und fordert den B auf, zu erweisen, daß ihm dieses Recht zustehe. In diesem Falle muß der B allerdings, will er seines Rechtes nicht verlustig werden, mit einer ordentlichen Klage gegen den A auftreten; hat aber der B von diesem Rechte bereits schon Gebrauch gemacht, und mit Gestattung des A sich einige Fuhren Getreide über dessen Wiese zuführen lassen, so findet eine Aufforderung des A nicht mehr Statt, sondern dieser ist gehalten, gegen den B mit der Klage aufzutreten, und den Richter um das Erkenntniß zu bitten, daß dem B das Recht nicht zustehe, sich sein Getreide über seine (Klägers) eigenthümliche Wiese zuführen zu lassen. Das Wahre an der Behauptung, „die hier ausgesprochene Regel gelte im Grunde von jedem Rechtsverhältnisse," besteht darin, daß bey jedem Rechtsverhältnisse ein Besitz gedacht werden müsse, und daß sohin der Ausdruck „Sache" im gegenwärtigen §. nicht auf wirkliche körperliche Sachen beschränkt sey, sondern in der weitesten Bedeutung, so wie er im §. 285 angegeben ist, genommen werden müsse. Der Rechtszustand eines Menschen besteht ja lediglich in dem Inbegriffe aller jener Rechte, in deren Besitze sich derselbe befindet; es ist daher auch ganz natürlich, daß die im gegenwärtigen §. ausgesprochene Regel bey jedem Rechtsverhältnisse angewendet werden könne, aber eben so richtig ist es, daß bey jedem Rechtsverhältnisse vorerst die Frage gestellt werden müsse: ob sich der Berechtigte im Besitze des Rechts befinde oder nicht?

2) Der philosophische Grund, warum der Besitzer einer Sache die Vermuthung eines gültigen Titels für sich habe, und zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden kann, liegt im Folgenden. An und für sich ist das Recht bloß etwas Inneres, welches aber auf die Erscheinung in der Außenwelt Beziehung hat. Jedem Rechte entsprechen sohin gewisse Erscheinungen in der Außenwelt. Nur die letztern sind ein Gegenstand sinnlicher

Wahrnehmung; wo wir daher solche Erscheinungen erblicken, welche einem bestimmten Rechte zusagen, da müssen wir auch dieses Recht in so lange als wirklich bestehend voraussetzen, bis das Gegentheil dargethan ist. Wenn wir daher sehen, daß z. B. Jemand eine Sache in seiner Macht und Gewahrsame hat, mit der Substanz und Nutzungen derselben nach Willkühr schaltet, so schließen wir aus diesen äußern Erscheinungen mit Recht, daß er Eigenthümer dieser Sache sey. Wir haben daher um so weniger das Recht, uns über die Rechtmäßigkeit dieses Befugnisses erst einen Beweis führen zu lassen, als nach §. 17 das Recht der Unbescholtenheit ein angebornes Recht ist, und wir folglich nicht annehmen dürfen, daß Jemand über eine Sache Rechte ausüben werde, die ihm nicht zustehen.

3) Tritt nun aber derjenige, welcher die Rechtmäßigkeit des Besitzes bestreitet, mit einer ordentlchen Klage auf, so kömmt es darauf an, ob der geklagte Besitzer die Behelfe der Anstreitung des Besitzes zu entkräften vermag oder nicht. Im ersten Falle, wenn er z. B. darzuthun im Stande ist, daß der von dem Kläger angegebene eigene Rechtstitel keineswegs vorhanden, oder daß wenigstens derselbe nicht genügend sey, indem z. B. die Zeugen, auf die er sich beruft, verwerflich sind, so bleibt er noch immer von der Angabe seines eigenen Titels frey. Kann er aber dieses nicht, so erübrigt ihm dann freylich nichts anderes, als seinen eigenen Titel anzugeben, damit der Richter in die Lage gesetzt werde, urtheilen zu können, welcher Titel der stärkere sey, und welchem sohin der Besitz der Sache zugesprochen werden müsse.

4) Aus der allgemeinen Anordnung des Gesetzes, daß der Besitzer die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich habe, folgt auch, daß, im Falle dem Besitzer die Sache von dem frühern Besitzer selbst übergeben worden ist, letzterer den Rechtsgrund der Uebergabe zu erweisen habe. Setzen wir z. B. den Fall: A habe dem B seine Sackuhr zur Aufbewahrung übergeben, letzterer verweigert ihm aber die Zurückstellung derselben, indem er z. B. behauptet, daß A ihm dieselbe geschenkt habe: so muß nach meinem Dafürhalten der A erweisen, daß er dem B die Sache bloß zur Aufbewahrung übergeben habe; denn der B

hat ja die Vermuthung eines gültigen Titels für sich. Da aber der Inhaber einer Sache, als solcher, noch keinen gültigen Titel hat (§§. 318 und 319), so behauptet im vorliegenden Falle A, daß B die Sache aus einem ungültigen Titel besitze; der Beweis dieser Behauptung liegt aber ihm ob, und nicht dem B der Beweis des Gegentheils, da er die in diesem §. ausgesprochene Vermuthung für sich hat. Diese Behauptung stimmt auch mit dem in der Gerichtsordnung §. 104 aufgestellten Grundsatze überein, daß der Kläger das Factum, woraus ihm ein Recht erwachsen ist, zu beweisen habe; nun stützet sich das Recht des Klägers in diesem Falle auf den mit B geschlossenen Verwahrungsvertrag, folglich muß dieser außer Zweifel gesetzt seyn. Hat sich daher z. B. der Kläger dießfalls auf Zeugen berufen, welche zwar die Uebergabe an den B bezeugen, aber zugleich aussagen, daß sie nicht wissen, aus welchem Rechtsgrunde dem B die Sackuhr übergeben worden ist, ob in Folge einer Eigenthumsübertragung, die eine Schenkung, Kauf oder Tausch u. s. w. seyn kann, oder in Folge eines bloßen Aufbewahrungsvertrages, so müßte der Geklagte freygesprochen werden. Will der Kläger den Beweis des Gegentheils auf den Geklagten wälzen, so er hat die Vindications- oder sogenannte publicianische Klage anzustrengen, sein wahres oder vermuthetes Eigenthum auszuweisen (§. 366 und 372); denn dadurch setzt er den Geklagten in die Lage, beweisen zu müssen, daß die zu vindicirende Sache sein Eigenthum geworden, oder daß er wenigstens ein stärkeres Recht auf dieselbe habe, und eben dadurch tritt die Nothwendigkeit auf seiner Seite ein, darzuthun, daß diese Sache in sein Eigenthum übergegangen sey, oder daß ihm wenigstens ein gewichtigerer Titel zu Statten komme.

§. 324.

Diese Aufforderung findet auch dann noch nicht Statt, wenn Jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit andern rechtlichen Vermuthungen, z. B. mit der Freyheit des Eigenthumes, sich nicht vereinbaren lasse. In solchen

Fällen muß der behauptende Gegner vor dem ordentlichen Richter klagen, und sein vermeintliches stärkeres Recht darthun. Im Zweifel gebührt dem Besitzer der Vorzug.

1) Das preußische Landrecht — welches in der Regel gleichfalls den Grundsatz anerkennt, daß jeder Besitzer die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich habe, und wenn er deßhalb in Anspruch genommen wird, den Titel seines Besitzes auszusprechen und nachzuweisen nicht schuldig sey — macht jedoch von dieser Vermuthung in dem Falle eine Ausnahme, wenn sie mit der, nach seiner Ansicht stärkeren Vermuthung, daß Personen und Eigenthum frey sind, in Collision geräth, indem der Besitzer in diesem Falle sein Recht zu dem Besitze angeben und nachweisen müsse [1]). Wahrscheinlich fand sich der österreichische Gesetzgeber dadurch bewogen, ausdrücklich zu erklären, daß eine Aufforderung auch dann nicht Statt habe, wenn Jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit anderen rechtlichen Vermuthungen, z. B. mit der Freyheit des Eigenthums, sich nicht vereinbaren läßt. Er ging dabey, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu entnehmen ist, von dem Grundsatze aus, daß kein Grund vorhanden sey, aus zweyen einander widersprechenden Vermuthungen einer aus denselben den Vorzug einzuräumen, und daß, wenn dieses der Fall ist, beyde Vermuthungen sich gegenseitig aufheben, sohin die Sache im alten Stande belassen werden müsse.

2) Indessen scheint es, daß diese Abweichung mehr die Form als die Wesenheit der Sache betreffe. Richtig ist es zwar, daß gegen den Besitzer einer körperlichen Sache oder eines Rechtes eine Aufforderungsklage nicht Statt habe, denn dieses enthält der wörtliche Inhalt des §.; aber daraus folgt noch nicht, daß z. B. derjenige, welcher nachgewiesen hat, daß er das Eigenthum einer Sache ohne Beschränkung überkommen hat, die Unrechtmäßigkeit des Besitzes jener Rechte nachweisen müsse, welche der Gegner auf diese Sache ausübet. Dieser Beweis wäre in

1) 1. Th., 7. Tit., §§. 179 — 182.

den meisten Fällen ganz unmöglich, oder höchstens nur durch Anwendung des Haupteides zu liefern möglich. — Setzen wir z. B.: der A läßt durch längere Zeit, mit Bewilligung seines Nachbars B, Wasser von dem Brunnen des letzteren hohlen; ersterer wird nur dann rechtmäßiger Besitzer des Rechtes seyn, wenn ihm von dem B wirklich das Recht hierzu eingeräumt worden ist. Hat sich der B das Hohlen des Wassers nur aus bloßer Gefälligkeit gegen ihn gefallen lassen, und A sucht nun das, was ihm aus bloßer Gefälligkeit gestattet worden ist, in ein wirkliches Recht umzuwandeln, so ist er gewiß kein rechtmäßiger Besitzer dieses Rechtes, da ihm nach §. 317 der gültige Titel dazu mangelt. — Läge nun dem A der Beweis ob, daß B sich nicht im rechtmäßigen Besitze dieses Rechtes befinde, so müßte er darthun, daß er dieses Recht dem B nie eingeräumt habe — was, wenn man das Beweismittel des Haupteides hievon ausnimmt, zu erweisen völlig unmöglich ist. Sein Recht aber bloß von der Gewissenhaftigkeit des Gegners abhängig machen zu lassen, ist in allen Fällen traurig. Der §. redet auch nicht davon, daß der Eigenthümer die Unrechtmäßigkeit des Besitztitels seines Gegners erweisen müsse, sondern sagt bloß, daß er in solchen Fällen bey dem ordentlichen Richter klagen, und sein vermeintliches stärkeres Recht darthun müsse. Hat er nun in der gegen seinen Gegner anzustrengenden Klage dargethan, daß er das Eigenthum der Sache ohne der Beschränkung, welche ihm durch die Ausübung des von gegnerischer Seite in Besitz genommenen Rechtes zugehet, überkommen habe, so hat er von seiner Seite den Beweis der Freyheit des Eigenthumes geliefert, und es ist nun Sache des Gegners, darzuthun, daß die Freyheit des Eigenthumes entweder gleich ursprünglich, bey Ueberkommung desselben, oder erst nachträglich beschränkt worden sey. Folglich hat in diesem Falle immer der Gegner den Beweis der Rechtmäßigkeit seines Titels zu liefern. Der von dem Gesetze aufgestellte Satz, daß jeder Besitzer die Vermuthung eines gültigen Titels für sich habe, hat nur die Rechtswirkung, daß derjenige, der die Besitzesrechte bestreitet, und die Sache in seinen Besitz, oder die Freyheit seines Eigenthumes in Anspruch neh-

men will, vorerst von seiner Seite den Beweis des stärkeren Rechtes liefern muß; ist aber dieser einmahl hergestellt, so liegt dem Besitzer ob, darzuthun, daß die aus dem gelieferten Beweise entspringenden Rechte des Klägers durch andere Thatsachen sich beheben. Darum hat auch derjenige, welcher behauptet, eine Sache durch Ersitzung an sich gebracht zu haben, für den Fall, als er dieselbe auf einen kürzeren Zeitraum als den von dreyßig Jahren stützet, die Rechtmäßigkeit seines Titels gegen den Kläger darzuthun, ungeachtet der §. 323 ausspricht, daß er die Vermuthung eines gültigen Titels für sich habe; welches nicht seyn könnte, wenn man diesem §. eine größere Ausdehnung geben wollte, als nach der oben angegebenen Regel (§. 1477).

§. 325.

Ausnahme.

In wie fern der Besitzer einer Sache, deren Verkehr verbothen, oder die entwendet zu seyn scheint, den Titel seines Besitzes anzuzeigen verbunden sey, darüber entscheiden die Straf- und politischen Gesetze.

1) Die Vorschrift, daß der Besitzer seinen Titel auf bloße Aufforderung eines Dritten, und ohne daß dieser früher sein Recht auf die Sache, um die es sich handelt, dargethan hat, ausweisen müsse, gilt ganz natürlich nur in privatrechtlichen Verhältnissen. In Bezug auf die Polizey- und Strafbehörden hat dieser Grundsatz des Privatrechtes keine Anwendung. Jedoch würden ohne Zweifel auch diese Behörden nicht pflichtmäßig handeln, wenn sie bloß nach Willkühr den Besitzer einer Sache verhalten würden, seinen Titel anzugeben; denn immer ist diese Nöthigung zur Angabe seines Titels eine Kränkung des Privatrechtes, die sich zwar Jeder gefallen lassen muß, sobald es die öffentliche Wohlfahrt erheischt, mit welcher aber auch aus eben diesem Grunde kein Mißbrauch gemacht werden darf.

2) Indessen sind diese Behörden nur ihren Vorgesetzten Rechenschaft zu leisten schuldig, daß sie sich innerhalb der ge-

hörigen Schranken dabey benehmen. Der Private hat kein Recht, sich zu widersetzen und ihnen bey einer Nachfrage die Ertheilung der geforderten Auskunft zu verweigern; denn Jedermann ist der nachforschenden Obrigkeit jede dienliche Auskunft zu geben schuldig [1]). Insbesondere aber sind Handelsleute, Krämer, zum Handel berechtigte Fuhrleute und andere Handel treibende Parteyen verbunden, so bald sie von (Zoll-) Beamten über den Bezug ihrer Waaren befragt werden, diesen Bezug, die Waare mag inländisch oder ausländisch seyn, oder für inländisch oder ausländisch angesehen werden, bey Vermeidung der im §. 48 der allgemeinen Zollordnung angedrohten Strafe, auszuweisen [2]).

§. 326.

Redlicher und unredlicher Besitzer.

Wer aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, ist ein redlicher Besitzer. Ein unredlicher Besitzer ist derjenige, welcher weiß, oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre. Aus Irrthum in Thatsachen, oder aus Unwissenheit der gesetzlichen Vorschriften kann man ein unrechtmäßiger (§. 316) und doch ein redlicher Besitzer seyn.

1) Die Eintheilung des Besitzes in den redlichen und unredlichen ist zwar mit der Eintheilung in den rechtmäßigen und unrechtmäßigen nahe verbunden, aber dennoch wesentlich davon unterschieden, da der redliche Besitz durchaus nicht von dem Titel, sondern bloß von der Wissenschaft oder Vermuthung, daß die Sache eine fremde sey, abhängt. Darum kann Jemand ein redlicher aber dabey unrechtmäßiger, oder umgekehrt, ein unredlicher, aber doch rechtmäßiger Besitzer seyn. Da nun die Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzes von dem Bewußtseyn und

1) Strafgesetzb. 1. Th. §§. 227 — 243, und 2. Th. §§. 293, 311 und 312.

2) Hofkammerdecret vom 3. Februar 1803; Pol. Ges. 29. B., S. 163, und 21. Febr. 1822 50. B., S. 81.

der Meinung des Besitzers, die dem Auge des Richters nicht offen stehen, abhängig sind, zugleich aber auch die Auseinandersetzung der zwischen dem Besitzer und dem seine Sache verfolgenden Eigenthümer obwaltende Rechtsverhältnisse einen erheblichen Einfluß haben (§. 329 und 336), so muß, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, die Gesetzgebung auf ihrer Huth seyn, daß sie nicht, durch eine zu allgemeine Bestimmung der Begriffe, den einen oder den andern Theil zu strenge behandle.

2) Die Eintheilung setzt hier eine fremde Sache voraus; denn es kann (vorausgesetzt, daß die Unredlichkeit nicht selbst in der Erwerbungsart liegt) wohl in moralischer Beziehung einen unredlichen Besitzer seiner eigenen Sache geben, wenn er z. B. dieselbe für eine fremde ansieht; in rechtlicher Beziehung und mit Hinblick auf die rechtlichen Wirkungen, die mit dem redlichen oder unredlichen Besitz verbunden sind, kann der Fall nie eintreten, daß der Eigenthümer einer Sache im unredlichen Besitze derselben sich befände, wo hingegen der Eigenthümer, wie früher erwähnt wurde, allerdings unrechtmäßiger Besitzer der ihm gehörigen Sache seyn kann. Eben so wenig ist der Fall möglich, daß Jemand wisse, er sey nicht Eigenthümer, sondern nur der redliche Besitzer der Sache; denn wenn er zur Wissenschaft gelangt, daß die Sache, die er besitzt, sein Eigenthum nicht sey, so würde er, wenn er seinen Besitz dennoch fortsetzen wollte, kein redlicher, sondern unredlicher Besitzer der Sache seyn.

3) Wer ist nun eigentlich ein redlicher, oder, wer ist ein unredlicher Besitzer? — Unzweifelhaft ist derjenige als ein unredlicher Besitzer zu behandeln, welcher (eingestandener oder erwiesener Maßen) gleich bey Uebereinkommung des Besitzes wußte, daß die Sache, welche er als die seinige behandelt, einem Andern gehöre, wie z. B. ein Räuber, Betrieger, Dieb, oder der wissentlich eine entwendete Sache an sich bringt. Diese Behandlung dehnt der gegenwärtige §. mit vollem Rechte auch auf einen solchen Besitzer aus, welcher aus den Umständen vermuthen muß, daß die Sache eine fremde sey, indem sich sonst beynahe jeder, der nicht eines Verbrechens oder schweren Polizeyübertretung überwiesen werden kann, mit dem bloßen Vorgeben der Unwis-

senheit schützen, und sich auf diese Art die bedeutenden Rechte eines redlichen Besitzers aneignen könnte. Hier ist daher der Fall vorhanden, wo auch im Civilrichteramtswege ein Beweis aus den vorhandenen Umständen geliefert werden kann, und wo es dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen ist, aus denselben zu beurtheilen, ob dem Besitzer eine Unredlichkeit zur Last falle oder nicht. Es ist daher auch kein Zweifel, daß bey Beurtheilung der Redlichkeit des Besitzes sehr viel darauf ankomme, ob der Besitzer einen rechtmäßigen Titel für sich habe oder nicht; denn es ist vorauszusetzen, daß Jedermann wisse, wie und auf was für Weise man das Eigenthum einer Sache auf eine gültige Art an sich bringen könne; kann daher der Besitzer einen rechtmäßigen Titel seines Besitzes nicht nachweisen, so ist, der Regel nach, auch anzunehmen, daß er sich als den rechtlichen Eigenthümer der sich in seinem Besitze befindlichen Sache nicht ansehen könne. Indessen kann es ausnahmsweise auch Fälle geben, wo sich der Besitzer, auch ohne einen rechtmäßigen Titel seines Besitzes angeben zu können, doch für den Eigenthümer halten kann. Ein solcher Fall ist z. B. vorhanden, wenn sich in einer Verlassenschaft Sachen befinden, die dem Erblasser nur in Aufbewahrung übergeben waren, und der Erbe selbe in dem Glauben, daß sie dem Erblasser eigenthümlich gehörten, in Besitz nimmt.

4) Eben so gewiß ist umgekehrt derjenige als ein redlicher Besitzer anzusehen, welcher gute Gründe hat, zu vermuthen, daß die Sache, die er besitzt, sein Eigenthum sey; z. B. wenn er dieselbe von einem bekannten, im guten Rufe stehenden, Mann gekauft hätte. — Wie aber, wenn solche positive Wahrscheinlichkeitsgründe zwar nicht vorhanden sind, jedoch auch nicht nachgewiesen werden kann, daß der Besitzer aus den vorhandenen Umständen das Gegentheil vermuthen mußte? — Auch in diesem Falle ist er als redlicher Besitzer anzusehen; denn hier könnte man höchstens sagen, es sey zweifelhaft, ob ein solcher Besitzer als ein redlicher oder unredlicher anzusehen sey, da der Besitz weder mit den Merkmahlen des redlichen, noch den des unredlichen Besitzes versehen ist. Nun sagt aber der §. 328, daß im

Zweifel die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes streite. Schon das Nichtvorhandenseyn solcher Merkmahle, womit das Gesetz den unredlichen Besitz bezeichnet, scheinen hinreichende Gründe für den Besitzer zu seyn, die Sache als seine eigene anzusehen. Dieses wäre insbesondere der Fall, wenn der Besitzer seinen Vormann nicht kennt. Einige sind zwar der Meinung (welcher Meinung früher auch ich beypflichtete [1]), daß der Besitzer in einem solchen Falle auch immer als ein unredlicher anzusehen sey, und sie führen zur Begründung dieser Behauptung Folgendes an: „Wenn Jemand das Eigenthum einer Sache durch Uebernahme an sich zu bringen sucht, so leuchtet es schon dem gemeinen Menschensinne ein, daß er das Eigenthum nur in dem Falle erlangen könne, wenn derjenige, welcher sie ihm abtritt, wirklicher Eigenthümer derselben ist. Ob er dieses voraussetzen könne oder nicht, muß er theils aus der Natur der an sich gebrachten Sache, theils aus dem Preise derselben, theils aus den persönlichen Eigenschaften seines Vormanns, aus dessen Gewerbe oder andern Verhältnissen beurtheilen (§. 368); so muß z. B. der Uebernehmer an dem Eigenthumsrechte des Uebergebers gewiß zweifeln, wenn sie mit fremden, dem Ueberträger nicht zukommenden Wapen, Nahmen und andern ähnlichen Merkmahlen bezeichnet, oder wenn der Ueberträger ein Mensch ist, der bereits einen üblen Ruf gegen sich hat, oder in einem Stande lebet, in welchem der Besitz solcher Sachen, von deren Gattung die angebothene ist, nichts Gewöhnliches, sondern nur etwas Außerordentliches ist u. s. w. Diese für oder gegen das Eigenthum streitenden Gründe kann der Uebernehmer nicht beurtheilen, wenn er sich darum gar nicht bekümmert, wer derjenige sey, der ihm das Eigenthum der Sache abtreten will; es kann daher auch nicht von ihm gesagt werden, daß er die an sich gebrachte Sache aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige halte, weil er nach der Kenntniß derjenigen Merkmahle, woraus diese Wahrscheinlichkeit zu schöpfen ist, gar nicht gestrebet hat." — Für diese Mei-

7 *

1) Siehe meine Abhandlung über den Beweis der Eigenthumsklage, in der Wagner'schen Zeitschrift 1. Jahrg., 2. Heft.

nung scheint auch der §. 224 des zweyten Theiles des Strafgesetzbuches zu sprechen, der also lautet: „Nicht aber Handels- und Gewerbsleute allein, sondern auch sonst Jedermann, wenn ihm Gegenstände zum Kaufe, oder um darauf zu leihen, angeboten werden, die nach ihrer Eigenschaft gegen den Anbiether den Verdacht, daß sie entwendet sind, erwecken, hat die Verbindlichkeit auf sich, diesen nach Möglichkeit anzuhalten, und wofern er sich nicht ausweiset, verhaften zu lassen." Da Niemand die Eigenschaft einer Sache, in Beziehung auf den Anbiethenden, beurtheilen kann, wenn er sich nicht erkundiget, wer derjenige sey, der ihm die Sache zu übertragen Willens ist, so scheint daraus zu folgen, daß Jedermann die positive Verpflichtung habe, sich darum zu bekümmern. Allein es scheint mir gegenwärtig doch, daß diese Ansicht gegen die Absicht des Gesetzes zu strenge sey, daß sohin die Nichtkenntniß des Vormannes an und für sich nicht immer die Redlichkeit des Besitzes aufhebe, und daß es hier auf das äußere Ansehen des Anbiethers ankomme, mit welchem äußern Ansehen derselbe von dem annehmenden Theile zu einer gewissen Classe von Menschen gerechnet zu werden pflegt. Allerdings kann der Umstand, daß der Besitzer seinen Vormann nicht zu kennen wisse, die Vermuthung der Redlichkeit des Besitzes schwanken machen, aber es müssen dabey doch auch die Nebenumstände berücksichtiget werden.

5) Es scheint kein Zweifel zu seyn, daß der Beweis der Unredlichkeit sich nicht bloß auf den Anfang, sondern auch auf die Fortsetzung des Besitzes beziehe; denn der gegenwärtige §. beschränkt seine Anordnung nicht auf die Erwerbung des Besitzes, sondern er sagt ganz allgemein aus, daß derjenige ein unredlicher Besitzer sey, welcher weiß, oder aus den Umständen schließen kann und vermuthen muß, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern zugehöre. Nun können ja erst in der Folge dem Besitzer jene Gründe bekannt werden, aus welchen er diese Vermuthung schöpfen muß. Er wird also von der Zeit an, als er zur Kenntniß dieser Umstände gelangt, unredlicher Besitzer. Setze man den Fall: Ein Erbe habe im guten Glauben, daß die in der Verlassenschaft befindliche goldene Repetiruhr des Erb-

lassers Eigenthum gewesen sey, sich dieselbe zugeeignet; später findet er eine eigene Aufschreibung des Erblassers, aus welcher ersichtlich ist, daß dieselbe ihm als Depositum übergeben wurde; kann er wohl redlicher Weise seinen Besitz fortsetzen? — Aus dem Umstande, daß im Gesetzbuche nur von der Unterbrechung des redlichen Besitzes durch die Klage gehandelt wird (§. 338), läßt sich, wie bey Erläuterung dieses §. ausführlich gezeigt werden wird, nicht schließen, daß der Beweis einer andern Unterbrechung nicht zulässig sey. Aber aus eben diesem Grunde ist auch der Fall gedenkbar, daß der ursprüngliche unredliche Besitz späterhin ein redlicher werde, wenn sich nähmlich in der Folge die Umstände, aus welchen der Besitzer anfänglich die Sache für ein fremdes Eigenthum ansehen mußte, dahin aufklären, daß es wahrscheinlich wird, die Sache sey wirklich ein Eigenthum des Besitzers. Setzen wir nähmlich den Fall: Ein Bettler trage dem A eine goldene Sackuhr zum Kaufe an, der sie ihm auch wirklich käuflich ablöset. — Es ist hier gewiß nicht zweifelhaft, daß A aus dem Verhältnisse seines Vormannes vermuthen mußte, daß diese Uhr dessen Eigenthum nicht sey. Späterhin aber erzählt ihm der frühere Eigenthümer dieser Sackuhr, daß er dieselbe in einer wohlthätigen Laune — einem Bettler geschenkt habe; dadurch werden nun ohne Zweifel die gegen die Rechtlichkeit des Besitzes seines Vormannes vorhandenen Gründe entkräftet, und er kann nunmehr die Sache, welche er mit bösem Gewissen an sich brachte — mit gutem Wissen als die seinige fortan ansehen und behalten.

6) Wenn Jemand den Besitz nicht durch sich selbst, sondern durch einen Andern erhalten hat, z. B. den Vormund, Curator oder Bevollmächtigten, so ist zu unterscheiden, ob ersterer von der Besitzergreifung Wissenschaft hatte oder nicht. Im ersten Falle ist bey Beurtheilung der Redlichkeit bloß auf den Besitzer selbst, nicht auf seinen Stellvertreter zu sehen; denn letzterer wollte, was auch Herr Professor Winniwarter bereits bemerkt hat, nicht für sich, sondern für seinen Clienten Rechte erwerben; die Bedingung der Erlangung derselben muß also in diesem selbst vorhanden seyn. Hat aber derjenige, für welchen der Besitz erwor-

ben worden ist, von der Erwerbung keine Wissenschaft, oder kann er wegen Mangel des Vernunftgebrauches keine solche haben, welche rechtliche Wirkungen hervorbrächte, so ist die Beantwortung der Frage: ob hier auf die Willenseigenschaft des eigentlichen Besitzers oder dessen Stellvertreter Rücksicht genommen werden müsse? mehreren Schwierigkeiten unterworfen, und die Meinungen der österreichischen Rechtsgelehrten sind dießfalls getheilt. Einige meinen, es komme auch hier auf die Willenseigenschaft des wirklichen Besitzers an, weil es ungerecht wäre, die nachtheiligen Folgen der gesetzwidrigen Beschaffenheit der Absicht der Vertreter oder Bevollmächtigten jenen fühlen zu lassen, dessen Rechte ihnen zur Vertretung anvertraut worden sind; weil nicht der Vertreter oder Bevollmächtigte der eigentliche Besitzer, sondern dieser nur derjenige ist, in dessen Nahmen ersterer gehandelt hat, und weil die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Machthabers nicht zum Grunde der Entscheidung über die Redlichkeit des Besitzers in der Fortdauer des Besitzes dienen könne, da diese Machthaber nur oft in einem vorübergehenden Verhältnisse mit dem zu Vertretenden sind. Kömmt es aber nicht auf die Redlichkeit des Machthabers, sondern auf die Beschaffenheit des Besitzes der vertretenen Person selbst an, so müsse der Besitz als redlicher angesehen werden, weil nicht die Redlichkeit, sondern vielmehr die Unredlichkeit erwiesen werden muß, und der Beweis einer Unredlichkeit auf Seite desjenigen, der von dem Besitze einer Sache gar keine Wissenschaft hat, nicht geliefert werden kann [1]). Gegen diese Meinung wird von Andern, nach meiner Ueberzeugung ganz gegründet, bemerkt [2]), daß ein solcher Unwissender weder im redlichen noch unredlichen Glauben sey, und daß also für diese Zeit über die Beschaffenheit seines Besitzes — das Bewußtseyn des Machthabers oder Vertreters entscheiden müsse. Da ich diese letztere Ansicht für die richtigere halte, so will ich hier nur noch die oben für die gegentheilige Meinung angeführten Gründe einer kurzen Untersuchung unterwerfen. Es scheint

1) Siehe die obige Abhandlung des Herrn Professors Winniwarter S. 138 — 140.

2) Man sehe die dritte Anmerkung zur obigen Abhandlung S. 192 u. 193.

gar nicht ungerecht zu seyn, die nachtheiligen Folgen der gesetzwidrigen Beschaffenheit der Absicht der Vertreter jenen fühlen zu lassen, deren Rechte ihnen zur Vertretung anvertraut worden sind, da ihnen umgekehrt, bey redlicher Absicht derselben, auch die wohlthätigen Folgen zu Statten kommen. Wäre es wohl im Gegentheile gerecht, dem Curanden das Eigenthum der bereits abgesonderten Früchte jenes Grundstückes zuzuerkennen, welches dessen Curator auf eine listige Weise von dem Nachbar für seinen Curanden an sich zu ziehen, und mit des letztern Grundstücken zu vereinigen gewußt hat? — Viel natürlicher ist es, daß der Bevollmächtigte oder Vertreter zur Schadloshaltung seines Clienten oder eines Dritten verhalten werde, um so mehr, als der Gewalthaber, in so fern er nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, in Bezug auf einen Dritten, ganz als die Person des letztern angesehen werden muß. Wahr ist es, daß nicht der Vertreter oder Bevollmächtigte der eigentliche Besitzer, sondern derjenige es sey, in dessen Nahmen er gehandelt hat; allein so wie der Curand oder Machtgeber den Besitz ebenfalls nicht durch seinen eigenen Willen, sondern durch den seines Vertreters erlangt, so muß auch bey Beurtheilung der rechtlichen Qualität des Besitzes auf den letztern Rücksicht genommen werden, sonst müßte man das ganze Besitzrecht des Curanden oder Machtgebers bestreiten, weil er selbst keinen Willen hat, die Sache als die seinige zu behalten. — Wenn man übrigens einmahl der Meinung beypflichtet, daß die Redlichkeit des Besitzes in der Folge dadurch unterbrochen werde, wenn der Besitzer einer Sache zur Kenntniß gelangt, daß selbe einem Andern gehöre, so sehe ich nicht ein, warum die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Machthabers nicht zum Grunde der Entscheidung über die Redlichkeit des Besitzers in der Fortdauer des Besitzes dienen könne. Daß hieraus verwickelte Rechtsverhältnisse entstehen können, gebe ich gerne zu, allein mir scheint hierin kein Grund zu liegen, aus Furcht vor der Schwierigkeit diese verwickelten Rechtsverhältnisse, dem Gesetze gemäß, aufzulösen, das Daseyn dieser Rechtsverhältnisse selbst deßwegen in Abrede zu stellen.

7) Wenn man die nahmhaften Vortheile des redlichen Besitzes, wie sie in den §§. 329 — 332 vorkommen, in Erwägung zieht, so scheint es wirklich auffallend, daß der höchste Gesetzgeber, da er im §. 2 mit der Unwissenheit des Gesetzes sehr strenge verfährt, dieselbe hier selbst als Grund gelten läßt, um dem Besitzer diese Vortheile zukommen zu machen, und zwar um so mehr, als das preußische Landrecht, dessen Bestimmungen doch bey Verfassung des österreichischen Gesetzbuches sich ohne Zweifel vor Augen gehalten wurden, die ganz entgegengesetzte Anordnung enthält, und ausdrücklich verfüget, daß die Unwissenheit der Gesetze den nicht entschuldigt, der seinen Besitztitel irriger Weise für gültig gehalten hat [1]). Allein das österreichische Gesetzbuch stellt keineswegs als Regel auf, daß hier die Unwissenheit des Gesetzes entschuldige, sondern sagt bloß, daß es Fälle geben könne, wo Jemand wegen Unwissenheit des Gesetzes als ein redlicher Besitzer anzusehen sey. Es müssen daher bey Beurtheilung dieser Fälle allerdings auch die übrigen hierauf Bezug habenden Gesetze vor Augen gehalten werden. Diesem nach glaube ich im Allgemeinen folgende Regeln hier aufstellen zu müssen:

a. Wenn es sich um ein ausländisches Gesetz handelt, so entschuldigt die Unwissenheit desselben in der Art, daß selbst die Vermuthung der Unwissenheit für den Besitzer streitet, und sohin derjenige, welcher die Unredlichkeit des Besitzes behauptet, den Beweis liefern müsse, der Besitzer habe das ausländische Gesetz gewußt. Dieses kann z. B. der Fall seyn, wenn Jemanden ein vierundzwanzig Jahre alter Ausländer, der nach den Gesetzen seines Landes erst mit fünfundzwanzig Jahren großjährig wird, eine Sache, über die er, nach den Gesetzen seines Landes, noch zu disponiren unfähig ist, an Jemanden veräußern würde.

b. Wenn das österreichische Gesetz, um das es sich handelt, nicht gehörig kund gemacht worden wäre; denn in diesem Falle kann man sich selbst, nach §. 2, mit der Unwissenheit des Gesetzes entschuldigen, und es würde sohin auch demjenigen,

1) Erster Theil, 7 Titel, §. 12

der hier die Unredlichkeit des Besitzes behauptet, der Beweis obliegen, daß der Besitzer von dem Gesetze (vorausgesetzt, daß es nicht ein schon im natürlichen Privatrechte gegründetes ist), ungeachtet der nicht gehörig geschehenen Kundmachung, Wissenschaft erlangt habe.

c. Ist aber das Gesetz gehörig kundgemacht, dann streitet die Vermuthung gegen die Redlichkeit des Besitzes, und der Besitzer hat in diesem Falle zu erweisen, daß ihm nach seinen Verhältnissen die Existenz des Gesetzes unbekannt geblieben sey. Daß hiebey die Beschaffenheit des Alters und des Standes des Uebertreters, die mehr oder minder verbreitete Kundmachung des Gesetzes in Erwägung gezogen werden müssen, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, kann keinem Zweifel unterliegen, da der Beweis der Unwissenheit des Gesetzes nur aus den besonderen Umständen und Verhältnissen, in denen sich der Besitzer befindet, geliefert werden kann.

§. 327.

Wie ein Mitbesitzer zum unredlichen oder unrechtmäßigen Besitzer werde.

Besitzt eine Person die Sache selbst, eine andere aber das Recht auf alle oder auf einige Nutzungen dieser Sache; so kann eine und dieselbe Person, wenn sie die Gränzen ihres Rechts überschreitet, in verschiedenen Rücksichten ein redlicher und unredlicher, ein rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitzer seyn.

Daß ein Besitzer in Hinsicht auf ein und dasselbe Recht nicht zugleich als ein redlicher und unredlicher Besitzer angesehen werden könne, fällt in die Begriffe. Kommen aber mehreren Personen auf eine und die nähmliche Sache verschiedene Rechte zu, z. B. eine Person ist im Besitze des Eigenthums, die andere aber in dem der Fruchtnießung der Sache, dann kann auch eine und die nähmliche Person in diesen verschiedenen Beziehungen als ein redlicher und unredlicher, rechtmäßiger und unrechtmäßiger Besitzer angesehen werden. Dieß wäre im vorliegenden Be-

spiele der Fall, wenn diejenige Person, die sich im Besitze des Eigenthumsrechtes befindet, ungeachtet sie weiß, daß der andern das Recht der Fruchtnießung zusteht, sich anmaßen sollte, auch die Früchte der Sache zu genießen, oder der Fruchtnießer sich erlauben sollte, Eigenthumsrechte an der ihm zur Fruchtnießung überlassenen Sache auszuüben. Auch kann ohne Zweifel bey einem gemeinschaftlichen Besitze ein solcher Fall eintreten, wenn nähmlich ein Mitbesitzer mit dem Bewußtseyn der Rechte des andern Mitbesitzers, mit Ausschließung desselben, die Sache als sein Allein-Eigenthum behandelte. Geschehe dieses aus einem Irrthume, so wäre er wenigstens ein unrechtmäßiger Besitzer.

§. 328.

Entscheidung über die Redlichkeit des Besitzes.

Die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes muß im Falle eines Rechtsstreites durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. Im Zweifel ist die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzers.

1) Der Vorschrift dieses §. zufolge muß also derjenige, welcher behauptet, daß der Besitz seines Gegners ein unredlicher sey, mit einer ordentlichen Klage gegen ihn auftreten, dem Richter jene Umstände vorlegen, aus welchen die Unredlichkeit des Besitzes erhellet, und zugleich die Beweise dieser Umstände liefern. Diese gesetzliche Anordnung ist eine consequente Folgerung aus dem §. 17, zufolge welchem für den Besitzer das Recht der Unbescholtenheit streitet, welche erst durch Darthuung der besondern Verhältnisse, die dieser Unbescholtenheit entgegenstehen, aufgehoben werden kann.

2) Bey Herstellung des Beweises der Unredlichkeit scheint jedoch ein Unterschied gemacht werden zu müssen: ob behauptet wird, der Geklagte habe schon ursprünglich bey der Besitznahme unredlich gehandelt, oder ob dargethan werden will, daß der Besitzer der Sache erst in der Folge ein unredlicher Besitzer geworden sey. In dem preußischen Landrechte ist dieser Unter-

schied ausdrücklich gemacht [1]); in dem österreichischen Gesetzbuche kömmt er zwar nicht buchstäblich vor, doch scheint er in dem Geiste desselben gegründet; denn schon der längere, unangesprochene Besitz einer Sache ist an und für sich ein Wahrscheinlichkeitsgrund für den Besitzer, sie als die seinige anzusehen; welcher Wahrscheinlichkeitsgrund manche andere Gegengründe aufwiegt. Uebrigens scheint es ganz in der Natur der Sache gegründet, daß der Entschluß, eine Sache als sein Eigenthum an sich zu bringen, in Betreff deren sich Zweifel erregen, ob sie auch wirklich das Eigenthum des Ueberträgers sey, eine der Rechtssicherheit nachtheiligere Willensrichtung voraussetze, als der Wille, eine Sache, bey deren Ansichbringung kein solches Bedenken obwaltete, fortan auch bey erregtem späterem Zweifel als Eigenthum zu behalten. Dieses stimmt auch mit der Analogie des Strafgesetzbuches überein: Wer wissentlich eine geraubte oder gestohlene Sache an sich bringt, macht sich der Theilnahme am Raube oder am Diebstahle schuldig; wer dagegen erst später erfährt, daß die an sich gebrachte Sache eine geraubte oder gestohlene sey, wird dadurch, daß er dieselbe noch fortan als seine eigene behandelt, kein Verbrecher. — Auch der §. 338 spricht für diese Meinung. Denn ohne Zweifel müßte derjenige, welcher eine Sache mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten, an sich gebracht hatte, von der er wußte, daß bereits ein Dritter sie von dem Besitzer durch die Vindicationsklage zurückforderte, in jeder Hinsicht als unredlicher Besitzer angesehen und behandelt werden, wenn auch diese Vindicationsklage das einzige Bedenken wäre, das gegen das Eigenthumsrecht des Uebergebers sich ergäbe; und er würde sohin auch für den Zufall haften, der die Sache bey dem Eigenthümer nicht getroffen hätte (§§. 335 und

1) Erster Theil, 7. Titel, §. 15 u. 16. Dort heißt es: »Wer zur Zeit der Erwerbung des Besitzes, bey der Anwendung eines gewöhnlichen Grades der Aufmerksamkeit, Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln, und sich dennoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, der wird bey einer in der Folge sich eröffnenden Unrechtmäßigkeit desselben einem unredlichen Besitzer gleich geachtet. Dagegen verliert Der, bey welchem erst nach schon erworbenem Besitze, bloße Zweifel über die Rechtmäßigkeit desselben entstehen, dadurch noch nicht die Eigenschaft und die Rechte eines redlichen Besitzers.«

338); allein hat Jemand den Besitz einer Sache redlich erworben, und wird erst in der Folge durch die Vindicationsklage auf Rückstellung der Sache belangt, so treffen ihn die widrigen Folgen des unredlichen Besitzes nicht im ganzen Maße, denn er hat im obigen Falle den Zufall nur dann zu verantworten, wenn die Klage von der Art war, daß er schon aus dem Inhalte derselben die Ueberzeugung schöpfen mußte, daß die angesprochene Sache das Eigenthum des Vindicanten sey.

§. 329.

Fortdauer des Besitzes. Rechte des redlichen Besitzers: a) in Rücksicht der Substanz der Sache.

Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen.

1) Nach Beschaffenheit der bisher erörterten Eigenschaften des Besitzes richtet sich auch die Beschaffenheit des Genusses oder der Rechte und Verbindlichkeiten während der Fortdauer des Besitzes, wovon in den nachfolgenden §§. gehandelt wird. — Die rechtlichen Wirkungen des Besitzes hängen hauptsächlich von dem Umstande ab, ob der Besitz ein redlicher oder unredlicher sey; und sie beziehen sich entweder auf die Substanz oder auf die Früchte, die aus der Sache gezogen oder gewonnen werden. Der gegenwärtige §. handelt von den rechtlichen Wirkungen des redlichen Besitzes in Beziehung auf die Substanz.

2) Der Besitzer heißt ein redlicher, wenn er gute Gründe hat, die Sache, die er besitzt, für sein Eigenthum zu halten. Es kann ihm daher auch nicht zur Last gelegt werden, wenn er über selbe Eigenthumsrechte ausübet, und nachdem das Eigenthumsrecht in dem Befugnisse besteht, mit der Substanz und den Nutzungen nach Willkühr zu schalten, so kann dem redlichen Besitzer nicht zur Last gelegt werden, wenn er die Sache nach seiner Willkühr benützet, und sohin auch nicht, wenn er sie sogar vertilget. Würde der höchste Gesetzgeber den redlichen Besitzer für solche Handlungen, wodurch die Substanz der Sache ver-

schlechtert wird, verantwortlich machen, so würde es vielen Eigenthümern, wollen sie nicht Gefahr laufen, seiner Zeit zu solchen Verantwortlichkeiten unterzogen zu werden, nicht gestattet seyn, mit ihren Sachen nach Gutdünken zu verfügen, und sohin Eigenthumsrechte über selbe auszuüben, weil es nur einige Fälle gibt, wo Jemand seines Eigenthumsrechtes auf die Sache vollkommen versichert seyn kann. Der gesetzliche Ausspruch dieses §. steht auch mit den gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung des Schadenersatzes in keinem Widerspruche, da man, nach §. 1295, nur jenen Schaden zu ersetzen verpflichtet ist, den man Jemanden aus Verschulden zufügt. Nun kann aber dem redlichen Besitzer deßhalb, daß er die Sache als sein Eigenthum ansieht, kein Verschulden beygemessen werden; um so weniger kann er daher über die weiteren, in der Eigenschaft als Eigenthümer der Sache unternommenen Handlungen verantwortlich werden, da der §. 1305 ausspricht, daß derjenige, welcher von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, für den für einen Andern daraus entspringenden Nachtheil nicht verantwortlich sey. Der redliche Besitzer stellt daher die Sache nur in dem Stande, in welchem sie sich befindet, zurück.

3) Da übrigens das Gesetz hier ganz allgemein von dem redlichen Besitzer spricht, so kömmt es nicht darauf an, ob derselbe zugleich ein rechtmäßiger sey. Die hier §§. 329 — 338 aufgezeichneten Rechte und Verbindlichkeiten sind lediglich mit der Eigenschaft eines redlichen oder unredlichen Besitzes verknüpft.

§. 330.

b) Der Nutzungen.

Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringende Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind; ihm gehören auch alle andere schon eingehobene Nutzungen, in so fern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind.

1) Die Rechte des redlichen Besitzers dehnen sich auch auf die Nutzungen der Sache aus. Daß der redliche Besitzer für

die bereits genossenen Früchte und Nutzungen nicht verantwortlich seyn könne, ist schon in dem natürlichen Privatrechte gegründet [1]). So wie sich der redliche Besitzer als Eigenthümer der Substanz ansieht, und eben deßwegen mit selber nach Belieben verfügen kann, ohne daß er hierüber dem Eigenthümer verantwortlich ist, so hält er sich mit vollem Rechte als Eigenthümer der daraus bezogenen Nutzungen und Früchte, und kann daher, in so weit dieselben bereits verbraucht sind, zu keiner Erstattung mehr angehalten werden. Was die bereits bezogenen, aber noch nicht consumirten Früchte und Nutzungen anbelangt, so erscheint er nach dem natürlichen Rechte zur Aushändigung derselben an den Eigenthümer verpflichtet; aber er wäre in diesem Falle auch berechtigt, von dem Eigenthümer den Ersatz des Aufwandes zu verlangen, den er zur Erzielung dieser Nutzungen hat machen müssen. Dieses würde aber den redlichen Besitzer in die Lage setzen, den gemachten Aufwand durch eine ordentliche Rechnungslegung auszuweisen. Nun kann aber nicht vorausgesetzt werden, daß derjenige, der eine Sache als sein Eigenthum ansieht, sich hinsichtlich der gemachten gewöhnlichen Auslagen die Beweismittel verschaffe, um selbe seiner Zeit gehörig ausweisen zu können. Es räth daher die Gesetzgebungsklugheit an, die Rechte des redlichen Besitzers dießfalls etwas zu erweitern. Hiezu kömmt noch, daß, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, die Unterscheidung zwischen genossenen und noch vorhandenen Nutzungen, die Auseinandersetzung der Rechte und Verbindlichkeiten des Eigenthümers und redlichen Besitzers sehr erschweren, und den Verschwender vor dem sparsamen Bürger begünstigen würde, und daß in den meisten Fällen der Eigenthümer an dem Verluste des Besitzes selbst Schuld trage, es folglich billiger erscheint, hier den redlichen Besitzer vor dem Eigenthümer zu begünstigen. Dieses erscheint um so gerechter bey einer Gesetzgebung, die, wie die österreichische, die Anordnung enthält, daß auch der redliche Besitzer der Regel nach den Preis büßen müsse, um welchen er diese Sache an sich gebracht hat. —

---

1) Siehe Zeillers Privatrecht §. 82.

Ferner ist noch zu erwägen, daß der wahre Eigenthümer durch eine solche Begünstigung des redlichen Besitzers nicht einmahl einen Schaden leide. Denn entweder war der Eigenthümer in der Lage, den Besitzer ausfindig zu machen oder nicht. Im ersten Falle ist es ja seine Schuld, wenn er nicht durch die Zurückforderung der Sache den Besitzer an der Beziehung der ihm zugestandenen Vortheile hindert; im zweyten Falle ist der redliche Besitz noch überdieß dessen Vortheil, weil dadurch die Verschlimmerung oder gar der Untergang seiner Sache verhindert, oft sogar deren Verbesserung gesichert ist.

2) In Ansehung der Nutzungen sind die eigentlichen Früchte, d. i., welche nach organischen Gesetzen aus der Sache selbst, entweder ohne alle Bearbeitung, oder mit Hinzukunft menschlicher Bemühungen entstehen, von den Nutzungen im engern Sinne, oder den bürgerlichen Früchten, d. i. jenen Vortheilen zu unterscheiden, welche man sonst aus der Sache, die man im Besitze hat, ziehen kann, z. B. das Miethgeld von dem vermietheten Hause, den Pachtschilling eines Grundstückes u. s. w. In Ansehung der Früchte im eigentlichen Sinne stellt hier das Gesetzbuch die Regel auf, daß sie dem Besitzer gehören, sobald sie von der Sache (auf was immer für eine Art) abgesondert sind. Nach dieser aufgestellten Regel gehört sohin dem Besitzer das junge Vieh, sobald es von dem Leibe der Mutter getrennt ist. Bey Aeckern und Weingärten, Waldungen, Wiesen u. s. w. gebührt demselben das bereits gefechsete Getreide, die gelösten Weintrauben, und sohin um so mehr der daraus bereitete Wein, das forstmäßig geschlagene Holz, die Heufechsung u. s. w. Nur werden hievon jene Früchte auszuscheiden seyn, welche, nach §. 296, zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind, daher, nach Bestimmung dieses §., das Zugehör der unbeweglichen Sache ausmachen. Auf einen Schatz, der in seinem Hause oder Grundstücke gefunden wird, hat derselbe so wenig, wie ein bloßer Fruchtnießer Anspruch (§. 511), sondern muß seinen Antheil dem Eigenthümer extradiren.

3) Die Nutzungen, im engern Sinne des Wortes, gebühren dem redlichen Besitzer nur in so weit, als er selbe bereits ein-

gehoben hat, und sie zur Zeit seines ruhigen Besitzes auch fällig geworden sind. Unter ruhigem Besitz kann hier das Gesetz offenbar keinen andern als einen solchen verstehen, welcher noch durch keine von dem Eigenthümer angestellte Klage unterbrochen worden ist; denn von dem Zeitpuncte der zugestellten Klage ist der Besitzer als ein unredlicher zu behandeln; er ist daher bey Einhebung der Nutzungen lediglich als ein Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen. Der redliche Besitzer ist daher verpflichtet, dem Eigenthümer die noch nicht eingehobenen Nutzungen zu überlassen, oder ihm auch die bereits eingehobenen Nutzungen auszufolgen, in so fern dieselben erst nach zugestellter Klage fällig geworden sind, wenn sie auch schon früher eingehoben worden wären, oder in so fern die Einhebung der zwar bereits vor Zustellung der Klage fällig gewordenen Nutzungen erst nach Zustellung der Klage geschehen wäre.

4) Was in Ansehung der ordentlichen und außerordentlichen, von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten Rechtens sey, ist in dem Gesetzbuche nicht ausdrücklich ausgesprochen. Diese Frage scheint daher nach Vorschrift des §. 7 des Gesetzbuches beantwortet werden zu müssen. Es muß sich daher, diesen Grundsatz vorausgesetzt, dießfalls ohne Zweifel an die Analogie des §. 512 gehalten werden, in so fern dieses der Unterschied, welcher zwischen dem redlichen Besitz und der Fruchtnießung obwaltet, gestattet. Hier glaube ich nun zwischen ordentlichen und außerordentlichen Lasten unterscheiden zu müssen. Hat der redliche Besitzer bereits alle Nutzungen, die er, als vermeintlicher Eigenthümer, für die Zeit seines Besitzes hätte beziehen können, auch wirklich bezogen, so scheint gar kein Zweifel zu seyn, daß er auch alle von selben für diese Zeit zu leistenden Schuldigkeiten, selbst die Zinsen der darauf eingetragenen Capitalien, in so weit die bezogenen Nutzungen dazu hinreichen, entrichten müsse. Denn hiezu wäre er ja selbst als Eigenthümer verbunden gewesen, und es kann doch nicht angenommen werden, daß dem redlichen Besitzer die Vortheile des Eigenthums, aber nicht seine Belastungen, zukommen sollten. Nach der diesem §. zum Grunde liegenden deutlichen Absicht des höchsten Gesetzgebers sollen dem redlichen Besitzer die

Rechte eines Fruchtnießers mit gewissen Beschränkungen, aber nicht mit Erweiterungen, zukommen [1]). Sehr zweifelhaft scheint es mir hingegen zu seyn, ob der redliche Besitzer in dem Falle, als er einige der bereits fälligen Nutzungen noch nicht erhoben, dagegen fällige Leistungen aber auch noch nicht entrichtet hat, diese mit jenen compensiren dürfe? — Würde ich zur Entscheidung dieser Frage im practischen Leben genöthigt, so würde ich mich, nach meiner Ueberzeugung, für die bejahende Meinung und Beantwortung derselben aussprechen; denn das österreichische Gesetzbuch sagt, wie oben erwähnt worden ist, von den von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten nichts. Der Grund, warum nun hier dem redlichen Besitzer aufgebürdet wurde, die von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten in dem Falle zu entrichten, wenn alle Nutzungen eingehoben worden sind, besteht nun einerseits in der Analogie der Bestimmungen über das Recht der Fruchtnießung, theils in dem natürlichen Rechtssatze, daß derjenige, der den Nutzen einer Sache zieht, auch ganz natürlich die auf selber haftenden Lasten zu bestreiten habe. — Eben aus diesem letztern Grundsatze scheint aber auch zu folgen, daß derselbe in so weit von Entrichtung der Lasten befreyt seyn müsse, als er die Nutzungen entbehrt, und was die Analogie der gesetzlichen Bestimmungen über die Fruchtnießung anbelangt, so scheint sie offenbar zu Gunsten meiner Behauptung zu sprechen. So wie aber der redliche Besitzer die eingehobenen, jedoch noch nicht fällig gewesenen Nutzungen dem Eigenthümer herausgeben muß, so ist dieser ohne Zweifel auch verpflichtet, dem redlichen Besitzer die vor der Zeit der Fälligkeit entrichteten Zahlungen zu vergüten, weil dieses ein Aufwand ist, den der Eigenthümer gesetzlich zu machen gehabt hätte (§. 1042); hat dagegen der redliche Besitzer einerseits einige noch nicht fällige Nutzungen eingehoben, andererseits aber einige bereits fällige einzuheben unterlassen, so scheint eine Compensation nicht Platz zu greifen; denn das Gesetz spricht in diesem §. klar aus, daß dem redlichen Besitzer diese,

1) Siehe dagegen die mehr erwähnte Abhandlung des Herrn Professors Winiwarter S. 153, aber auch die Anmerkung Nr. 7 zu selber.

vor der Zeit der Fälligkeit bezogenen Nutzungen nicht gebühren; es könnte daher die Einwendung der Compensation der gestellten Forderung des Eigenthümers nur dann entgegen gestellt werden, wenn das Gesetz dem redlichen Besitzer auch das Recht auf die noch nicht bezogenen fälligen Nutzungen einräumte, dieses thut aber das Gesetz nicht. Was hier von ordentlichen Lasten gesprochen worden ist, scheint auch von außerordentlichen zu gelten; denn nachdem auch der Fruchtnießer diese in so weit zu bestreiten hat, als sie die Einkünfte für die Zeit seiner Fruchtnießung nicht übersteigen, so gilt dieses um so mehr für den redlichen Besitzer, der nur ein beschränkter Fruchtnießer ist.

§. 331.

c) des Aufwandes.

Hat der redliche Besitzer an die Sache, entweder zur fortwährenden Erhaltung der Substanz einen nothwendigen, oder, zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen, einen nützlichen Aufwand gemacht: so gebührt ihm der Ersatz nach dem gegenwärtigen Werthe, in so fern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt.

1) In Ansehung des Aufwandes unterscheidet das Gesetz, ob er ein nothwendiger, nähmlich zur Erhaltung der Substanz, oder ein bloß zur Vermehrung des Nutzens gemachter (nützlicher) war. Wir wollen nun zuerst die gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung des ersteren Aufwandes erörtern.

2) Damit der Eigenthümer verhalten werden könne, den nothwendigen Aufwand zu ersetzen, wird erfordert, daß dessen Wirkungen noch fortdauern. Ist daher z. B. das baufällige Gebäude, ungeachtet des gemachten Aufwandes, doch zu Grunde gegangen, so ist der Eigenthümer dem redlichen Besitzer keinen Ersatz zu leisten schuldig. — Dauern die Wirkungen noch fort, so wird der Aufwand nur in so weit ersetzt, als der Vortheil des Eigenthümers wirklich befördert worden, und nie in einem höheren Betrage, als er zur Entschädigung des redlichen Besitzers

nothwendig ist. Zu dem Ende ist also, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkte, von Kunstverständigen zu beurtheilen, wie hoch der Werth der Sache ohne den gemachten Aufwand seyn würde, und wie hoch er des getroffenen Aufwandes wegen (mit Rücksicht auf die zum Capital geschlagenen erhöhten Nutzungen) gegenwärtig stehe. Zugleich hat der redliche Besitzer die Größe des wirklich gemachten Aufwandes auszuweisen. Der Eigenthümer ist nur verpflichtet, die geringere Summe aus diesen beyden zu vergüten. Der Gesetzgeber ging bey diesen Bestimmungen offenbar von dem Grundsatze aus, daß sich der Eigenthümer zum Schaden des redlichen Besitzers nicht bereichern solle; aus welchem Grundsatze auch folgt, daß dem Besitzer kein Ersatz gebühre, wenn der Aufwand, nach dem gewöhnlichen Wirthschaftsbetriebe, aus den Erträgnissen der Sache selbst bestritten werden konnte, und auch wirklich bestritten worden ist [a]).

3) Was den nützlichen Aufwand anbelangt, so wird auch hier erfordert, daß zur Zeit, als der Eigenthümer seine Sache bekömmt, diese Nutzungen noch fortdauern. Auch in diesem Falle ist durch Kunstverständige zu erheben, wie viel die Sache dadurch am Werthe gewonnen hat, und dieser Werth ist dann zu vergüten, wenn er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt; im entgegengesetzten Falle wäre bloß letzterer zu ersetzen. Ist der von dem redlichen Besitzer durch den gemachten Aufwand bezielte Nutzen gar nicht erreicht worden, oder ganz oder zum Theile wieder verloren gegangen, so muß der redliche Besitzer die Folgen dieser ungünstigen Veränderungen tragen. Was ist aber Rechtens, wenn der Nutzen noch nicht wirklich vorhanden, aber doch, nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge, in der Folge mit Sicherheit zu erwarten ist? — Auch in diesem Falle scheint kein Zweifel zu seyn, daß der Eigenthümer dem redlichen Besitzer eben nach vorigem Maßstabe die Vergütung leisten müsse, weil die Sache dadurch ganz natürlich an gemeinem Werthe gewonnen hat. — Uebrigens gilt hier das nähmliche, was oben von dem Aufwande zur Erhaltung der Sache selbst gesagt worden ist.

a) Siehe die Abhandlung des Herrn Professors Winniwarter S. 159.

4) Würde der Aufwand zwar aus den Erträgnissen der Sache, aber in einem Maße bestritten, welches der gewöhnliche Wirthschaftsbetrieb nicht fordert, z. B. das Holz, das sonst verkauft worden ist, wurde aus besonderer Industrie zur Erweiterung der Gebäude verwendet, so ist es zweifelhaft, ob der Besitzer auf den Ersatz eines solchen Aufwandes Anspruch machen könne, und die Meinungen mehrerer österreichischer Gelehrten sind hierüber getheilt. Einige sprechen sich dießfalls bejahend aus, und zwar aus dem Grunde, weil die natürlichen Erzeugnisse durch die Absonderung das Eigenthum des redlichen Besitzers geworden sind (§. 330), und er sohin immer behaupten kann, daß er den Aufwand aus dem Seinigen gemacht habe [1]). Dagegen sprechen sich Andere verneinend aus, weil der Besitzer in diesem Falle nicht de damno vitando, sondern nur de lucro captando streiten würde. Der Grund, daß die natürlichen Erzeugnisse durch Separation in das Eigenthum des Besitzers übergegangen sind, würde zu viel, nähmlich auch dieß beweisen, daß der Besitzer auch die Erstattung der Kosten begehren könnte, die er, nach dem gewöhnlichen Wirthschaftsbetriebe, aus den Erträgnissen der Sache bestritten hat [2]). Allein ich glaube, wie ich bereits bey Erläuterung des vorigen §., Nr. 2, bemerkt habe, daß die abgesonderten Früchte, in so weit sie zum Wirthschaftsbetriebe gehören, als ein Zugehör der Sache selbst, in das Eigenthum des redlichen Besitzers nicht übergehen. Dagegen erwirbt der Besitzer durch die Absonderung der Früchte das Eigenthumsrecht derselben, — seine Eigenthumsmasse vergrößert sich dadurch — und indem er sie wieder mit derselben verbindet, vermindert er dadurch offenbar diese Eigenthumsmasse, und hat sohin auf Entschädigung Anspruch.

5) Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt in seinem Commentare, womit auch Herr Professor Winniwarter übereinstimmt [3]), daß das Gesetz nirgends anordne, daß der redliche Besitzer jenes,

---

1) Siehe obige Abhandlung Winniwarters S. 160.

2) Siehe die achte Anmerkung zu obiger Abhandlung.

3) Siehe obige Abhandlung Winniwarters S. 160.

was er an Früchten gewonnen hat, sich in die Aufwandmasse einrechnen lassen müsse; — beyde Rechtsgelehrte sind daher auch der Meinung, daß dieses nicht angehe. Diese Meinung wird auch durch den §. 515 bestätiget, wo es heißt: „kann oder will der Eigenthümer sich dazu (nähmlich zur nothwendig gewordenen Bauführung) nicht verstehen, so ist der Fruchtnießer berechtigt, entweder den Bau zu führen, und nach geendeter Fruchtnießung, gleich einem redlichen Besitzer, den Ersatz zu fordern." Der Fruchtnießer wird sohin hier von dem Gesetze ausdrücklich dem redlichen Besitzer gleich gestellt, und es wird bey Erläuterung dieses §. gezeigt werden, daß hier eine solche Einrechnung nicht Platz greife. — Aus der gegentheiligen Behauptung würde auch ein offenbares Absurdum resultiren, denn es könnte der Fall eintreten, daß der redliche Besitzer sich eine so große Summe abrechnen lassen müßte, als die Sache am Werthe gewonnen hat. Denn in der Regel muß angenommen werden, daß der Werth der Sache am höchsten gleich nach gemachtem Aufwande steige, weil mit der Zeit auch die neue Arbeit wieder zerstört wird; es kann daher der Eigenthümer, wenn er die Sache gleich nach ihrer Herstellung überkömmt, daraus für die längste Dauer den Nutzen ziehen, die Sache muß sohin in diesem Moment für ihn den meisten Werth haben. In diesem Augenblicke hat aber der redliche Besitzer keinen Nutzen gezogen, es kann daher auch eine Abrechnung nicht Platz greifen, sondern der Eigenthümer hat hier, ohne Abrechnung, das Maximum des Werthes zu vergüten. Wie nun mehrere Jahre vorüber gehen, vermindert sich eben der Werth der Sache an und für sich, die Einrechnungspflichtigkeit des redlichen Besitzers würde sich aber dadurch vergrößern, und so würde man endlich auf einen Punct gerathen, wo der Eigenthümer dem redlichen Besitzer, ungeachtet die Sache bey Rückstellung derselben am Werthe bedeutend gewonnen hat, doch keine Vergeltung leisten dürfte.

§. 332.

Von dem Aufwande, welcher nur zum Vergnügen und zur Verschönerung gemacht worden ist, wird nur so viel ersetzt, als die Sache dem gemeinen Werthe nach wirklich dadurch gewonnen hat; doch hat der vorige Besitzer die Wahl, Alles für sich wegzunehmen, was davon, ohne Schaden der Substanz, weggenommen werden kann.

1) Gewährt die mit der Sache vorgenommene Veränderung keinen eigentlichen Nutzen, sondern nur ein Vergnügen (wenn z. B. der redliche Besitzer die Zimmer des Hauses hätte schön ausmahlen lassen), so ist zu unterscheiden, ob durch diese Verschönerung sich selbst der gemeine Werth der Sache erhöht habe oder nicht. Ersteres wäre im vorliegenden Beyspiele der Fall, wenn seit der Zeit, als die Zimmer auf diese Art und Weise verschönert worden sind, für die Wohnungen ein höherer Zins bezahlt zu werden pflegt. Im ersten Falle geht der Aufwand in so weit, als der gemeine Kaufswerth erhöht wird, in einen nützlichen über, welcher nach den, im vorigen §. entwickelten, Grundsätzen ersetzt werden muß.

2) Das Gesetz scheint übrigens hier offenbar vorauszusetzen, daß der zum Vergnügen oder zur Verschönerung gemachte Aufwand sich immer höher, als der gemeine Werth belaufe, den die Sache dadurch gewonnen hat; und nur aus diesem Grunde scheint es hier den Nachsatz des vorigen §.: „in so fern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt," weggelassen zu haben. Indessen könnte doch der Fall eintreten, daß durch eine glückliche Idee des Besitzers die Sache auch mit geringem Kostenaufwande in der Art zum größern Vergnügen umgeschaffen worden wäre, daß der Werth, um den die Sache im gemeinen Leben dadurch gewonnen hat, den wirklich gemachten Aufwand übersteigt. In diesem Falle kann auch der Eigenthümer dem redlichen Besitzer keinen größern Ersatz zu leisten schuldig seyn, als die Kosten dieses Aufwandes betragen.

2) Hat die Sache durch die Verschönerung am gemeinen Werthe nichts gewonnen, so kann auch der Eigenthümer nicht verhalten werden, bloß wegen des erhöhten Vergnügens, das übrigens sehr relativ seyn kann (und in diesem Falle auch immer relativ seyn wird, weil dann, wenn die Sache für Jedermann Vergnügen gewähren würde, selbe auch im gemeinen Werthe sich erheben müßte), eine bare Auslage zu machen. Jedoch bewilliget das Gesetz eben aus dem Grundsatze, daß sich auch der Eigenthümer mit dem Schaden des redlichen Besitzers nicht bereichern dürfe, dem letztern alle zum Vergnügen oder zur Verschönerung gewidmete Sachen, in so fern sie ohne Nachtheil der Substanz davon weggenommen werden können, für sich wegzunehmen. Hiezu ist der Besitzer ohne Zweifel auch in dem Falle berechtigt, wenn er, aus besonderer Vorliebe, sich mit dem Ersatze des Aufwandes nicht begnügen wollte. — Wie aber, darf wohl der redliche Besitzer, wenn die Sache zur Absonderung nicht geeignet ist, selbe auch vertilgen? — Setzen wir den Fall, er habe die früher weißen Wände des besessenen Hauses auf eine kostspielige Art ausmahlen lassen, so daß der wirklich gemachte Aufwand mit dem Werthe, um den dadurch die Sache im gemeinen Leben gewonnen hat, in keinem Verhältnisse steht; der Eigenthümer läßt sich aber nicht herbey, eine mehrere Vergütung zu leisten: — ist der redliche Besitzer wohl berechtigt, den alten Stand wieder herstellen zu lassen? — Diese Frage muß sicherlich mit Nein beantwortet werden; denn so wie der Eigenthümer nicht berechtigt ist, von dem redlichen Besitzer zu fordern, daß er die in der Zwischenzeit in schlechtern Zustand gerathene Sache in ihren alten Stand versetze und ihm übergebe, sondern dieselbe in dem Zustande, in dem sie sich wirklich befindet, zu übertragen schuldig ist, so ist er im Gegentheile auch berechtigt, von dem redlichen Besitzer zu fordern, daß er, von dem Augenblicke der Klage an, keine Veränderung mehr an der Sache vornehme. — Der §. macht in so weit eine Ausnahme davon, daß selber den Besitzer berechtigt, die zur Verschönerung gewidmeten Sachen für sich wegzunehmen; — dieses Recht des redlichen Besitzers darf aber nicht weiter ausgedehnt werden, als

die Worte des Gesetzes lauten; es kann sich daher nicht auf die Vertilgung solcher Sachen ausdehnen, von der der Besitzer keinen Vortheil ziehen kann. Diese Behauptung stimmt mit der Anordnung des §. 415 auch vollkommen überein. Der §. 1109 kann hier nicht analogisch angewendet werden, denn zwischen dem Eigenthümer und redlichen Besitzer besteht kein Contractsverhältniß, wie zwischen dem Miether und Vermiether; zudem würde auch daraus folgen, daß der redliche Besitzer, im Falle einer Deteriorirung, dem Eigenthümer die Sache in dem Zustande, in dem er die Sache übernommen hat, herausgeben müsse, was offenbar der Fall nicht ist.

§. 333.

Anspruch auf den Ersatz des Preises.

Selbst der redliche Besitzer kann den Preis, welchen er seinem Vormanne für die ihm überlassene Sache gegeben hat, nicht fordern. Wer aber eine fremde Sache, die der Eigenthümer sonst schwerlich wieder erlangt haben würde, redlicher Weise an sich gelöset und dadurch dem Eigenthümer einen erweislichen Nutzen verschafft hat, kann eine angemessene Vergütung fordern.

1) Der Preis, um welchen der redliche Besitzer die Sache an sich gebracht hat, kann der Regel nach keineswegs als ein zur Erhaltung der Sache gemachter Aufwand angesehen werden; denn es ist keineswegs immer der Fall, daß die Sache ohne der Erwerbung des redlichen Besitzers für den Eigenthümer verloren gegangen wäre, vielmehr kann sich durch die weitere Veräußerung die bereits gewonnene Spur zum Behufe der Nachforschung auf Seite des Eigenthümers wieder verlieren, und dadurch die abermahlige Ansichbringung erschweret werden. — Aus dem Grunde des für die Sache gemachten Aufwandes kann daher der redliche Besitzer der Regel nach von dem Eigenthümer den Preis nicht fordern, welchen er seinem Vormanne für die ihm überlassene Sache gegeben hat. Ob derselbe nach natürlichen Rechtsgrundsätzen diesenaus geleg-

ten Preis nicht aus andern Gründen zu begehren berechtiget sey, ist eine andere Frage, deren Erörterung aber hieher nicht gehört. Das österreichische Gesetzbuch ist hier den frühern Grundsätzen des römischen Rechts getreu geblieben, und ladet daher dem redlichen Besitzer die Verbindlichkeit auf, die Sache dem Eigenthümer, ohne Forderung eines Entgelts, hinaus zu geben [1]). — Der Besitzer kann sich in diesem Falle an seinem Vormann regressiren (§. 931), und hat er vernachlässigt, sich um die Verhältnisse desselben näher zu erkundigen, so ist dieses seine Schuld. Daß dadurch die Sicherheit des Verkehrs nicht verletzt werde, wurde an einem anderen Orte Vorsorge getroffen (§. 367).

2) Wenn aber der Eigenthümer, ohne die Erwerbung des Besitzers, seine Sache schwerlich wieder erlangt hätte, dann ist der Preis als ein nothwendiger Rettungsaufwand zu betrachten, und sohin auch von dem Eigenthümer dem redlichen Besitzer zu vergüten (§. 403). Dieses wäre z. B. der Fall, wenn er sie redlicher Weise von feindlichen Truppen oder Seeräubern an sich gelöset, oder selbe, da sie zur Vertilgung bestimmt gewesen, an sich gebracht hätte. Hier würde sich der Eigenthümer offenbar zum Schaden des redlichen Besitzers bereichern, wollte man in diesem Falle ihm auch die Verpflichtung aufbürden, die Sache dem Eigenthümer unentgeldlich herauszugeben.

3) Das Gesetz redet hier von einer angemessenen Vergütung. Es muß daher hier sowohl auf den Vortheil des Eigenthümers, den er durch Wiedererlangung der Sache erwirbt, als auf den Nachtheil des redlichen Besitzers, der ihm dadurch zugehet, daß er die Sache an den Eigenthümer abgeben muß, gesehen werden. Diesemnach kann hier, in Verbindung mit der Anordnung des §. 331, der Satz aufgestellt werden: der Eigenthümer sey dem redlichen Besitzer den ausgelegten Preis nur in so weit zu vergüten schuldig, als er den Werth der Sache nicht übersteigt. Es ist zwar in solchen Fällen immer vorauszusetzen, daß der unredliche Vormann die Sache um einen verhältnißmäßig geringeren Preis hintan gegeben habe; allein dieselbe kann

[1]) Das preußische Landrecht ordnet im 1. Th., 15. Tit., §. 25, das Gegentheil an.

auch erst in der Folge so verschlechtert worden seyn, daß der von dem redlichen Besitzer ausgelegte Betrag den Werth, den sie zur Zeit der Zurückstellung hat, überschreitet.

4) Eine weitere Frage kann hier aufgeworfen werden: ob nähmlich der redliche Besitzer dem Eigenthümer die Sache auf seine Gefahr und Kosten zurückstellen muß? — Da das österreichische Gesetzbuch hierüber keine Bestimmungen ausdrücklich enthält, so muß die Beantwortung dieser Frage aus dem Begriffe des Eigenthumsrechtes selbst hergehohlt werden. Das Eigenthumsrecht ist jenes dingliche Recht, zufolge welchem der Eigenthümer mit der Substanz und den Nutzungen der Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden Anderen davon auszuschließen berechtigt ist. Eine Verletzung des Eigenthumsrechtes geschieht nur dann, wenn Jemand den Eigenthümer in der Ausübung dieser Rechte hindert, und sohin geht die Verpflichtung jedes Dritten nur auf Unterlassung, keineswegs aber auf positive Leistung. Es hat daher auch der redliche Besitzer gegen den Eigenthümer keine andere Verbindlichkeit, als zu gestatten, daß der Eigenthümer sich seines Rechtes bediene, und zu diesem Zwecke sie in seine Macht und Gewahrsame nehme. Er kann aber dazu nicht verpflichtet seyn, eine positive Handlung zu unternehmen und den Eigenthümer in die Lage zu setzen, seine Rechte auf die Sache ausüben zu können. Es ist sohin des letzteren Interesse, die Gefahr und Kosten der Auslieferung und Uebergabe zu tragen.

§. 334.

Ob einem redlichen Inhaber das Recht zustehe, seiner Forderung wegen die Sache zurück zu behalten, wird in dem Hauptstücke vom Pfandrechte bestimmt.

1) Sobald der redliche Besitzer von Seite des Eigenthümers mit der Klage belangt wird, oder sobald er auf irgend eine Weise zur Ueberzeugung gelangt, daß die in seinem Besitze befindliche Sache einem Andern gehöre, kann er den Besitz nicht mehr fortsetzen, sondern sich von diesem Augenblicke an nur

als einen redlichen Inhaber betrachten. Aus diesem Grunde redet der gegenwärtige §. nicht mehr von einem redlichen Besitzer, sondern bloß von einem redlichen Inhaber.

2) Der gegenwärtige §. beantwortet die Frage, ob diesem Inhaber das Recht zustehe, die Sache in so lange zurückzubehalten, bis der Eigenthümer jenes geleistet hat, was er zufolge der Bestimmungen der §§. 331—133 dem redlichen Besitzer zu leisten verbunden ist, mit Hinweisung auf die in dem Hauptstücke vom Pfandrechte enthaltenen gesetzlichen Bestimmungen, und zwar eigentlich auf die des §. 471, aus welchem die verneinende Beantwortung der obigen Frage hervorgehet. — In welchen Fällen das Zurückforderungsrecht des Eigenthümers verloren gehe, wird §. 367 bestimmt.

§. 335.

Verbindlichkeit des unredlichen Besitzers.

Der unredliche Besitzer ist verbunden, nicht nur alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangte Vortheile zurückzustellen, sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde, und allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen. In dem Falle, daß der unredliche Besitzer durch eine in den Strafgesetzen verbothene Handlung zum Besitze gelangt ist, erstrecket sich der Ersatz bis zum Werthe der besondern Vorliebe.

1) Nun geht das Gesetz auf die Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers über. Sie beziehen sich gleichfalls theils auf die Substanz der Sache, theils aber auf die Nutzungen derselben.

2) In Betreff der Substanz hat derselbe, gleich einem redlichen Besitzer, die Verbindlichkeit, selbe dem Eigenthümer, und zwar der Regel nach unentgeldlich, zurückzustellen; er ist aber auch, was bey dem redlichen Besitzer nicht der Fall ist, für alle Deteriorirungen der Sache, die in der Handlungsweise desselben gegründet sind, verantwortlich, ja selbst zufällige Beschädigungen ist er

zu ersetzen verpflichtet, wenn sich der Zufall nur in seinem Besitze ereignet hat, und derselbe daher die Sache bey dem Eigenthümer nicht getroffen haben würde. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn der Blitz in das Haus des unredlichen Besitzers eingeschlagen, und die darin befindliche Sache des Eigenthümers beschädigt hätte. — Ein zweifelhafter Fall könnte sich bey den gegenwärtig in den österreichischen Staaten bestehenden mehrfältigen Assecuranzanstalten ergeben, wenn nähmlich sich Jemand im unredlichen Besitze eines Hauses befände, dasselbe nicht assecurirt, und es in der Folge, vom Blitz getroffen, abbrennen würde. Wäre auch in diesem Falle der unredliche Besitzer verbunden, diesen Zufall zu verantworten? — Hat der Eigenthümer mehrere Gebäude, welche alle von ihm assecurirt worden sind, so scheint die bejahende Beantwortung der obigen Frage nicht zweifelhaft; denn es ist in diesem Falle mit allem Grunde anzunehmen, daß er auch dieses Haus assecurirt haben würde, wodurch die Beschädigung vermieden worden wäre. Eben so glaube ich, daß, wenn der Eigenthümer mehrere Gebäude besitzt, von denen er keines assecuriren ließ, die obige Frage verneinend zu beantworten wäre, weil hier kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß er gerade dieses Haus assecurirt haben würde. — Zweifelhafter würde sich der Fall gestalten, wenn der Eigenthmer sonst gar kein Haus besäße, oder, im Falle er im Besitze mehrerer solcher Häuser wäre, nur einen Theil derselben der Assecurirung unterzogen hätte. In diesem Falle würde, meines Dafürhaltens, der Besitzer von einer Ersatzleistung freyzusprechen seyn; denn im Allgemeinen gilt die Regel, daß der bloße Zufall denjenigen treffe, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat. Hievon ist der Fall ausgenommen, wenn der Zufall die Sache nicht beym Eigenthümer getroffen hätte, oder, was diesem ganz gleich gestellt werden muß, wenn die durch den Zufall entstandene Beschädigung vermieden worden wäre, hätte die Sache sich in den Händen des Eigenthümers befunden. Daß aber dieser Ausnahmsfall sich wirklich ergeben habe, liegt dem Eigenthümer zu erweisen ob. In dem gesetzten Falle aber ist dieses zweifelhaft; der Eigenthümer könnte dieses nicht erweisen, sohin müßte der Besitzer freygesprochen werden. — Geht die

Sache durch Verschulden des Besitzers, oder durch einen so gearteten Zufall ganz zu Grunde, so ist der Besitzer dem Eigenthümer den vollen Werth zu ersetzen schuldig.

3) Es fragt sich hier, welchen Preis der Besitzer vergüten müsse: den ordentlichen oder außerordentlichen? — Hier unterscheidet das Gesetz, ob derselbe durch eine in den Strafgesetzen verbothene Handlung zum Besitze gelangt ist oder nicht. Im letztern Falle hat er nur den ordentlichen Preis, d. i. denjenigen zu ersetzen, um welchen die Sache mit Rücksicht auf den Nutzen geschätzt wird, den sich der Eigenthümer, mit Rücksicht auf seine Gewerbs- und sonstigen Verhältnisse, nach Zeit- und Ortsumständen verschafft haben würde. Dieser Werth kann durch Kunstverständige ausgemittelt werden. Im ersten Falle aber ist auch ein in dem besondern Interesse des Eigenthümers gegründeter Werth, die besondere Vorliebe zu ersetzen, der durch seinen Schätzungseid sich erproben wird. — Dieser Fall wird auch meistens eintreten, wenn der Besitz in seinem Ursprunge gleich ein schon unredlicher war, indem es durch das Strafgesetz nicht nur verbothen ist, zu rauben, zu stehlen und zu betriegen, oder wissentlich eine Sache von dem Räuber oder Diebe, sondern auch nur von einem verdächtigen Vormanne an sich zu bringen (§. 224 des 2. Th. des St. G. B.). Der erste Fall tritt aber dann ein, wenn der Besitz erst in der Folge ein unredlicher wird. — Gegen einen unredlichen Besitzer hat also der Eigenthümer selbst dann noch eine wirksame Klage, wenn jener zu besitzen aufgehört hat, — was bey einem redlichen Besitzer nicht der Fall ist.

4) Was die Früchte und Nutzungen der Sache anbelangt, so hat der unredliche Besitzer dem Eigenthümer nicht nur alle jene zu ersetzen, welche er aus der Sache wirklich bezogen hat, sondern er hat denselben auch jene Vortheile zu vergüten, welche der Eigenthümer erlangt haben würde, wenn er die Sache während des unredlichen Besitzes im Besitze gehabt hätte, in so fern sie an den besondern Verhältnissen desselben, dem gewöhnlichen Gange der Dinge nach, ausgemittelt werden können. Daß dasjenige, was hier von dem Eigenthümer gesagt wird, sowohl

von dem wirklichen als vermeintlichen gelte (§. 372), kann keinem Zweifel unterliegen.

§. 336.

Hat der unredliche Besitzer einen Aufwand auf die Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes, in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung, verordnet ist.

1) In Ansehung des gemachten Aufwandes geht auch hier der Gesetzgeber von dem Grundsatze aus, daß sich der Eigenthümer mit dem Schaden, auch des unredlichen Besitzers, nicht bereichern solle. Er stellt sohin den letztern mit dem Geschäftsführer ohne Auftrag in eine Parallele. Es ist sohin auch hier der nothwendige Aufwand von dem nützlichen zu unterscheiden.

2) In Ansehung des erstern enthält nun der §. 1036, welcher von der Geschäftsführung ohne Auftrag handelt, folgende Bestimmung: „Wer, obgleich unberufen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, dem ist derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den nothwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig, *wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist.*" Würde dieser Satz buchstäblich auf den unredlichen Besitzer angewendet, so würde sich daraus ergeben, daß der unredliche Besitzer mehr als der redliche begünstigt würde. Denn der Eigenthümer hat dem redlichen Besitzer den gemachten Aufwand nur in so weit zu vergüten, als derselbe nicht *mehr* beträgt, als der dadurch vermehrte Werth der Sache selbst; und sohin hat der Eigenthümer dem redlichen Besitzer gar nichts zu ersetzen, wenn der Aufwand fruchtlos gemacht worden wäre. Da nun aber, nach §. 6, einem Gesetze in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden kann, als welcher aus der eigentlichen Bedeutung der Worte und ihrem Zusammenhange, und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, welche

hier doch offenbar dahin gehet, daß der unredliche Besitzer nie mehr als der redliche begünstigt seyn soll: so muß der gegenwärtige §. lediglich auf jenen Aufwand beschränkt werden, welchen der unredliche Besitzer zur Vermehrung der Nutzungen gemacht hat, und es kommen daher hier lediglich die §§. 1037 und 1038 in Anwendung. Indessen scheint kein Zweifel zu seyn, daß er den zur Erhaltung der Sache gemachten nothwendigen und zweckmäßigen Aufwand von den zu restituirenden Nutzungen in Abzug bringen dürfe, da von einer wirklichen Nutzung nur nach Abzug des gemachten Aufwandes die Rede seyn kann.

3) Den Ersatz des für die fremde Sache ausgelegten Preises kann der unredliche Besitzer um so weniger fordern, als dieses Recht selbst dem redlichen Besitzer nicht zukömmt, und das Gesetz dieses §. 333 durch die Worte: „Selbst der redliche Besitzer" andeutet. In wie fern jedoch die im folgenden Satze des §. 333 angefügte Ausnahme auch auf die unredlichen Besitzer eine Anwendung findet, soll hier kurz erwähnt werden. — Offenbar kann sie dem unredlichen Besitzer nur dann zu Guten kommen, wenn er nicht gleich bey Erlangung des Besitzes, sondern erst in der Folge unredlicher Besitzer geworden ist, — was auf zweyfache Art geschehen konnte, indem er nähmlich seinen Vormann wirklich als den wahren Eigenthümer angesehen hat, und erst in der Folge eines Andern überzeugt worden ist; oder indem er gleich anfänglich die Sache in der Absicht eingelöst hat, sie dem Eigenthümer zuzustellen, und erst in der Folge angefangen hat, die Sache als die seinige zu behalten. Indessen scheint bey der einmahl gegen ihn erwiesenen Unredlichkeit seines Besitzes demselben der Beweis obzuliegen, daß er ursprünglich redlich gehandelt habe.

§. 337.

Beurtheilung der Redlichkeit des Besitzes einer Gemeinde.

Der Besitz einer Gemeinde wird nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Nahmen der Mitglieder handelnden Machthaber beurtheilet. Immer müssen jedoch die unredlichen sowohl den

redlichen Mitgliedern, als dem Eigenthümer den Schaden ersetzen.

1) Eine Gemeinde wird als eine erlaubte Gesellschaft, in Bezug auf dritte Personen, für eine Person angesehen. So wie daher eine physische Person nur einen Willen hat, so kann auch bey einer Gemeinde, als einer juridischen Person, in Bezug auf die Rechte dritter Personen, nur ein einziger Wille geachtet werden. — Eine Gemeinde kommt in den Besitz einer Sache überhaupt, wenn ein Gemeindebeschluß vorhanden ist, die Sache als ein Eigenthum der Gemeinde zu behalten. Wie aber ein Gemeindebeschluß zu Standen komme, wer das Recht zu stimmen habe, und wie viel Stimmen zu einem Gemeindebeschluß nothwendig seyen, ist durch die Verfassung der einzelnen Gemeinden bestimmt. — Das, was von dem Willen und der Absicht der Gemeinde überhaupt gilt, muß auch von der Beschaffenheit derselben gelten. Je nachdem daher die zur Zustandebringung eines Gemeindebeschlusses nöthige Anzahl der Machthaber bey Erwerbung des Besitzes redlich oder unredlich zu Werke gegangen ist, wird auch der Besitz der Gemeinde redlich oder unredlich seyn, und die Redlichkeit oder Unredlichkeit der übrigen Mitglieder kann auf die Beschaffenheit des Besitzes keinen Einfluß haben. — Ist durch die besondere Verfassung nicht festgesetzt, wie viele Machthaber über die Angelegenheiten der Gemeinde gültig entscheiden können, so muß, nach §. 290, zufolge welchem auch von den Verwaltern der Gemeindegüter und des Gemeindevermögens die in dem bürgerlichen Privatrechte enthaltenen Vorschriften über die Art, wie der Besitz der Sachen oder Rechte für die Gemeinde rechtmäßig erworben und erhalten werden kann, sich nach §§. 838 und 1190 benommen werden; es entscheidet daher die Mehrheit der Stimmen, und es kömmt bey Beurtheilung der Redlichkeit des Besitzes auch auf diese Mehrheit an. In so weit scheint mir diese Behauptung, die schon an einem andern Orte von österreichischen Rechtsgelehrten aufgestellt ist [1]), voll-

1) Man sehe die Anmerkung Nr. 4 zu des Herrn Professor Winniwarter's Abhandlung über den Besitz, S. 133, welch letzterer dagegen die Meinung vertheidigt, daß die Unredlichkeit eines einzigen Machthabers den Besitz unredlich mache.

kommen richtig; aber die Frage scheint mir dadurch nicht beantwortet, was dann Rechtens sey, wenn einige derjenigen Machthaber, durch deren Stimmen der Gemeindebeschluß, die Sache in Besitz zu nehmen, entstanden ist, im unredlichen, die andern dagegen im redlichen Glauben sich befanden? — Setzen wir z. B., es seyen zwölf Machthaber: sieben davon geben ihre Stimme dahin ab, daß die Sache in Besitz genommen werden soll, dagegen stimmen die übrigen fünf für das Gegentheil. Unter den sieben, für die Erwerbung des Besitzes stimmenden Machthabern befinden sich nur drey, welche davon Wissenschaft haben, daß z. B. derjenige, von welchem die Sache an sich gebracht werden soll, nicht Eigenthümer der Sache sey, sondern selbe jemanden Andern angehöre, welche Wissenschaft sie aber bey Fassung des Schlusses verschwiegen haben. Ist hier die Gemeinde im redlichen oder unredlichen Besitze? — Ich glaube nun, daß es darauf ankomme, ob in dem Falle, als die unredlichen Machthaber ihre Stimmen nach Gewissen verneinend abgegeben hätten, der Besitz für die Gemeinde doch zu Stande gekommen wäre oder nicht. Im ersten Falle hat der Besitz seinen Entstehungsgrund lediglich in dem Willen der redlichen Machthaber, im letztern aber ist er durch den Willen der unredlichen Machthaber zu Stande gekommen; daher ist er im ersten Falle als ein redlicher, im letztern aber als ein unredlicher anzusehen. In dem gegebenen Beyspiele wäre der Besitz ein unredlicher; denn hätten die unredlichen Votanten ihre Stimmen nach Gewissen abgegeben, so wäre der Besitz nicht zu Stande gekommen. Es gründet sich somit dessen Bestehen auf die Unredlichkeit der Machthaber.

2) Wird der Besitz der Gemeinde, wegen Unredlichkeit der Machthaber, für unredlich erklärt, so leidet die ganze Gemeinde, und sohin auch die dabey sich redlich benommenen Mitglieder, einen Schaden, wenn sie die Sache an den Eigenthümer wieder erfolgen müssen, indem alle Nutzungen für sie verloren gehen, und selbe sohin für jeden Fall das hintangegebene Capital unverzinslich ausgelegt haben; im Gegentheile aber, wenn der Besitz als ein redlicher angesehen wird, wird dem Eigenthümer ein Nach-

theil zugefügt. So wie nun Jeder, der durch sein Verschulden einem Andern einen Schaden zufügt, denselben zu vergüten schuldig ist, so haben auch die unredlich handelnden Mitglieder im ersten Falle den redlich handelnden Mitgliedern, im zweyten dem Eigenthümer den dadurch erlittenen Schaden zu verantworten.

§. 338.

In wie fern durch die Klage der Besitz unredlich werde.

Auch der redliche Besitzer, wenn er durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurtheilt wird, ist in Rücksicht des Ersatzes der Nutzungen und des Schadens, wie auch in Rücksicht des Aufwandes, von dem Zeitpuncte der ihm zugestellten Klage, gleich einem unredlichen Besitzer zu behandeln; doch haftet er für den Zufall, der die Sache bey dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, nur in dem Falle, daß er die Zurückgabe durch einen muthwilligen Rechtsstreit verzögert hat.

1) Ist Jemand auf eine redliche Weise zum Besitze einer Sache gelangt, so kann er doch in der Folge zu einem unredlichen Besitzer werden, wenn er nähmlich die Ueberzeugung erlangt, daß die Sache, die er besitzt, sein Eigenthum nicht sey. Er scheint in diesem Falle verbunden, wenigstens den Eigenthümer in die Kenntniß seiner Inhabung zu setzen, damit dieser in die Lage gesetzt werde, sein Eigenthumsrecht hierauf ausüben zu können. Er befindet sich in einer ähnlichen Lage, wie derjenige, der eine Sache findet, deren voriger Besitzer ihm aus den Merkmahlen oder Umständen bekannt ist. Er wird sich, wenn er redlich handelt, auch gerne zur Zurückstellung verstehen, indem er von dem Augenblicke, als er zu dieser Ueberzeugung gelangt, die Sache nicht fortan als sein Eigenthum mehr behandeln kann, sondern nur als Inhaber, mit welcher Eigenschaft wohl Lasten und Verbindlichkeiten, aber keine Vortheile verknüpft sind. Doch handelt es sich hier, wie bereits §. 326 erwähnt worden ist, nicht um bloße Zweifelsgründe, son-

dern um wirkliche Beweise. Wird daher die Sache von dem Eigenthümer außergerichtlich zurückgefordert, so kömmt es darauf an, ob dieser hinlängliche Beweise seines Eigenthumes producire oder nicht. Im erstern Falle hat der Besitzer kein Recht mehr, die Sache fortan als die seinige zu behalten; wohl aber im letztern, weil er mit Recht fordern kann, daß der Eigenthümer sein Recht, der Ordnung gemäß, erweise. Bloße Zweifelsgründe sind wohl hinreichend, Jemanden abzuhalten, den Besitz zu acquiriren, aber keineswegs, den redlich erlangten Besitz wieder aufzugeben. Der Eigenthümer tritt hier in die Verbindlichkeiten des Klägers ein, welcher sein vermeintliches Recht nicht bloß wahrscheinlich zu machen, sondern zu beweisen hat.

2) Tritt aber der Eigenthümer mit einer ordentlichen Vindicationsklage gegen den Besitzer auf, so will das Gesetz, aus sehr begreiflichen Gründen, daß der Besitzer bis zur Entscheidung des Rechtsstreites sich von der Ausübung des Eigenthumsrechtes auf die Sache enthalte, und sich bloß als Verwalter derselben ansehe. Er leidet dadurch keinen Schaden, weil, wenn er in dem Rechtsstreite obsiegt, Eigenthümer der inzwischen bezogenen Nutzungen wird; im entgegengesetzten Falle könnte dem Eigenthümer, dem kein anderes Rechtsmittel zur Uebercommung der Sache, als die Vindicationsklage zu Gebothe steht, ein unwiderbringlicher Schade zugehen. — Der redliche Besitzer hat sich daher auch, um sich vor Schaden zu bewahren, in die Lage zu setzen, seiner Zeit über die Nutzungen und gehabten Auslagen ordentliche Rechnung legen zu können. Will er während des Streites jede Verantwortlichkeit von sich wälzen, so ist er ohne Zweifel berechtiget, die bewegliche Sache, in so fern sie dazu geeignet ist, in die gerichtliche Verwahrung zu übergeben, oder wenn nicht, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung anzusuchen, oder die Sequestration der unbeweglichen Sache zu erwirken. Dieses Recht kommt auch dem Kläger zu, wenn er erweiset, daß eine Gefahr vorhanden sey, und hinlängliche Sicherheit für den dem Beklagten etwa hieraus erwachsenden Schaden anbiethet (§. 293 der G. O.). Behält der Beklagte die Sache in seiner Macht und Gewahrsame, so hat er sich bey vorfallen-

den ungewöhnlichen Auslagen und andern Verfügungen, die mit der Sache zu treffen sind, um die Zustimmung des Klägers zu bewerben, widrigens dessen wird er lediglich gleich einem unredlichen Besitzer, als Geschäftsführer ohne Auftrag, behandelt.

3) Wenn der Kläger bereits in der Klage solche Beweise liefert, daß sich der Besitzer gleich aus dem Inhalte derselben von der Rechtmäßigkeit des Anspruches überzeugen muß, so handelt er unredlich, wenn er die Sache nicht sogleich dem Kläger überläßt, sondern die Uebergabe durch Führung eines Rechtsstreites muthwillig verzögert. Sein Besitz hört daher in diesem Falle von dem Augenblicke der ihm zugestellten Klage auf, ein redlicher zu seyn, und ihn treffen daher die Folgen des unredlichen Besitzes, von diesem Zeitpuncte an, im ganzen Maße. Er ist daher in diesem Falle auch verpflichtet, dem Eigenthümer den Schaden zu ersetzen, welcher durch einen Zufall, der die Sache bey dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, verursacht worden ist. Für diesen Schaden haftet er ohne Zweifel auch dann, wenn der Rechtsstreit bereits rechtskräftig entschieden ist, und er sich doch nicht freywillig zur Zurückstellung bequemet, sondern es auf den gerichtlichen Zwang ankommen läßt. Dieses wäre ohne Zweifel auch dann der Fall, wenn der Geklagte gegen zwey gleichlautende Urtheile das Rechtsmittel der Revision versucht hätte, da diese für keinen Fall eine hemmende Wirkung hat.

§. 339.

Rechtsmittel des Besitzers bey einer Störung des Besitzes,

Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit seyn, so ist Niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern.

1) Zu den Rechten, welche jedem Besitzer, als solchem, zustehen (beatitudines possessionis), gehört auch, daß Niemand befugt sey, denselben eigenmächtig zu stören, d. i. Niemanden steht

das Befugniß zu, den Besitzer in der Ausübung der Eigenthumsrechte eigenmächtig zu beschränken oder zu hindern. — Diese Anordnung gründet sich ganz auf die Vorschrift des §. 19, zufolge welcher jede eigenmächtige Rechtshülfe, den Fall der Nothwehr ausgenommen, untersagt ist. Dieser Fall tritt aber bey dem Räuber und Dieb ein, wo es dem Beraubten oder Bestohlenen allerdings gestattet ist, die geraubte oder gestohlene Sache, so lange sie nicht in Sicherheit gebracht ist, dem Räuber oder Diebe mit Gewalt abzunehmen.

2) Unternimmt Jemand Handlungen, woraus mit Grund auf die Absicht geschlossen werden kann, daß er damit umgehe, den Besitz zu stören, so kann sich der Besitzer an die Gerichtsbehörde mit der Bitte wenden, daß selbem bey einem Pönfalle aufgetragen werde, sich von der drohenden Besitzstörung zu enthalten. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn sich Jemand unterfangen sollte, die auf dem Grunde seines Nachbars stehenden Bäume umzuhauen. Die wirklich begonnene Besitzstörung selbst kann auf Anrufen des Besitzers von der politischen Behörde, die über Ruhe und Ordnung zu wachen hat, hintan gehalten werden; übrigens ist im Nothfalle auch der Besitzer berechtigt, Gewalt mit angemessener Gewalt zu vertreiben (§. 19).

3) Im Falle durch die Störung des Besitzes dem Besitzer ein wirklicher Nachtheil zugefügt worden ist, steht demselben frey, die Entschädigung gegen den Störer im ordentlichen Rechtswege zu suchen, die ihm auch, ohne Rücksicht auf das allfällige Recht des Störers, zuzuerkennen ist.

§. 340.

besonders durch eine Bauführung,

Wird der Besitzer einer unbeweglichen Sache oder eines dinglichen Rechtes durch Führung eines neuen Gebäudes, Wasserwerkes, oder andern Werkes in seinen Rechten gefährdet, ohne daß sich der Bauführer nach Vorschrift der allgemeinen Gerichtsordnung gegen ihn geschützt hat; so

ist der Gefährdete berechtigt, das Verboth einer solchen Neuerung vor Gericht zu fordern, und das Gericht ist verbunden, die Sache auf das schleunigste zu entscheiden.

1) Das Gesetz macht hier eine besondere Erwähnung von jener Besitzstörung, welche durch Führung eines neuen Gebäudes, Wasser- oder andern Werkes geschehen kann, da eine Bauführung dem Eigenthümer benachbarter Grundstücke, oder Andern, die ein dingliches Recht auf eine Sache haben, sehr nachtheilig seyn kann. — Um diese gesetzliche Anordnung hier gehörig zu verstehen, ist es nothwendig, die in Ansehung der Bauführungen bestehenden politischen und andere Anordnungen vor Augen zu halten.

2) Wer einen Bau zu führen gedenket, soll den genau und deutlich verfaßten Riß vorläufig der im Orte des Baues bestehenden politischen Obrigkeit vorlegen, welche denselben nicht nur von Seite der eintretenden politischen Rücksichten wohl zu durchgehen, zu bestätigen, oder nach Beschaffenheit abzuändern, sondern auch vor Ertheilung des Bauconsenses die Nachbarn und Anrainer zu vernehmen, und wenn zwischen denselben Irrungen entstehen, diese im gütlichen Wege auseinander zu setzen, sonst aber, wenn diese gütliche Auseinandersetzung nicht erwirkt werden könnte, die Streitenden an den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen hat. — Auf den Fall der nicht erwirkten gütlichen Auseinandersetzung ist der Bauunternehmer befugt, bey der Gerichtsbarkeit, welcher der Grund, worauf gebauet werden soll, untersthet, diejenigen, gegen deren Widersprüche er sich sicher zu stellen gedenket, anzugehen, und gegen dem, daß der Riß des Baues zwey Mahl eingelegt werde, zu bitten, daß denselben aufgetragen werde, ihre Rechte darüber auszuführen, oder zu gewärtigen, daß ihnen dießfalls das ewige Stillschweigen auferlegt, dem Auffordererer aber gestattet werde, den Bau nach dem vorgelegten Risse vorzunehmen. Ein Riß ist bey der Gerichtsbehörde aufzubehalten, der andere aber den Aufgeforderten, damit ihn einer dem andern mittheile, zustellen zu lassen; im übrigen ist wie bey

dem Aufforderungsprocesse zu verfahren [1]). Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die bedeutenderen Bauführungen, unter welche, laut einem für Wien erlassenen Hofkanzleydecrete vom 11. Jänner 1821 [2]), folgende gerechnet werden, als a) der Bau eines ganzen Hauses; b) der Zubau eines Tractes oder Flügels an ein schon stehendes Gebäude, entweder auf die Gasse, oder gegen den Hof des Hauses; c) die Aufsetzung eines Stockes entweder gegen die Gasse, oder dem Hofe zu; d) außergewöhnliche Bauführungen, als z. B. die Herstellung eines Thurmes, bedeutende Bauführungen in einem Schauspielhause, in einer Kirche, die Herstellung eines Festsaales u. dgl.; e) jede Abänderung der hier unter a. b. c. und d. genannten, schon gebauten oder noch nicht vollendeten Objecte von dem von der Regierung bereits genehmigten Risse. — In diesen fünf Fällen ist jedesmahl der Plan vorläufig der Regierung vorzulegen und von ihr der Bauconsens einzuhohlen; alle übrigen hier nicht genannten Bauobjecte sind als Bauführungen von minderem Belange zu betrachten, in Ansehung derer die politischen Behörden erster Instanz die Bauconsense zu ertheilen haben; in welchen Fällen auch eine Einvernehmung der Anrainer selten nöthig erscheinet. — Die Gründe, welche bey eigentlichen Bauführungen die Einhohlung der obrigkeitlichen Bewilligung nothwendig machen, und die auf der Rücksicht der öffentlichen Sicherheit gegen Feuersgefahr und Einsturz, dann der öffentlichen Bequemlichkeit und Erweiterung der Passage oder der öffentlichen Verschönerung beruhen, finden bey bloßen Einfriedungsmauern keine Anwendung. — Was die Privatrechte der Nachbarn betrifft, so ist es die Sache der Parteyen, ihre rechtlichen Ansprüche gegen diejenigen, die sich durch Einfriedungen Eingriffe in ihren Grundbesitz erlauben, im ordentlichen Wege auszutragen, und es bedarf in dieser Beziehung um so weniger der Ertheilung von Bauconsensen, als auch bey eigentlichen Bauführungen die Baubewilligungen nur ex ratione publica eingeführt wurden, und die Vernehmung der Nachbarn bloß

1) Siehe Gallizische Gerichtsordnung §. 72, und den §. 72 der allgemeinen G. O., in Verbindung mit dem Hofdecret vom 5. May 1787; J. G. S. Nr. [illegible].

2) Gesetzsamml. für Oest. unter der Enns 3. B., S. 12.

deßhalb geschieht, um nicht durch die Baubewilligung etwas zu sanctioniren, was gegen Privatrechte verstoßen würde; eine Vorsicht, die daher bey Einfriedigungen wegfällt, sobald man keine Ertheilung von Bauconsensen dazu nöthig findet [1]). Alle Parteyen, die auf Gründen bauen wollen, welche sich zunächst eines k. k. Hofgartens befinden, und wo die Aussicht des letzteren durch den Bau gefährdet werden könnte, sind gehalten, sich vor Anfang des Baues nicht nur bey der k. k. Hofgarten-Direction, sondern auch, mit Beylegung der Bauriße, bey der k. k. General-Hofbau-Direction zu melden, und weder den Bau ohne Bewilligung dieser beyden Behörden anzufangen, noch bey der Ausführung desselben die Gränzen zu überschreiten, die ihnen zugestanden worden sind; widrigenfalls der Eigenthümer unnachsichtlich zur Abtragung des Gebäudes verhalten werden würde [2]).

3) Aus dem hier Vorausgeschickten folgt, daß im Falle, als eine neue Bauführung unternommen wird, ohne daß hiezu bey der competenten politischen Obrigkeit der Bauconsens angesucht worden wäre, der sich dadurch in seinen Rechten gekränkt findende Theil gar nicht nothwendig habe, das Verboth der Neuerung vor Gericht anzusuchen, sondern, daß es genüge, wenn er die Anzeige bey der politischen Obrigkeit macht, welche dem Bauführer in diesem Falle jede weitere Bauführung aus ihrem eigenen Interesse einstellen, und denselben anweisen wird, vorerst den Consens der politischen Behörde zu dieser Bauführung anzusuchen und zu erwirken. — Auch dann wird sich ohne Zweifel die politische Behörde zur Einstellung des Baues Amteswegen berufen sehen, wenn der Bauführer zwar den Consens der politischen Behörde der Ordnung nach angesucht, aber, ohne eine definitive Erledigung seines Gesuches abzuwarten, die Bauführung unternommen hat. In dem Falle dagegen, als die politische Behörde bereits erkannt hätte, daß aus öffentlichen Rücksichten dem Baue keine Hindernisse in den Weg gelegt werden können, und die dissentirenden Parteyen an den ordentlichen Rechtsweg gewiesen

1) Siehe Hofkanzleydecret vom 22. October 1813, Gesetzsamml. für Oesterr. unter der Enns 1. B., S. 330.

2) Hofkanzleydecret vom 3. Juny 1811; Gauls Gesetzsamml. 4. B., S. 611.

wären, würde der Fall des gegenwärtigen §. eintreten. Denn dem Bauführer liegt in dem Falle, als von den Anrainern Einsprüche gegen den Bau gemacht werden, die von Seite der politischen Behörde im gütlichen Wege nicht beseitigt werden können, ob, gegen letztere eine ordentliche Aufforderungsklage zu überreichen und dadurch diese zu nöthigen, ihre Ansprüche, bey Vermeidung der Auflage des ewigen Stillschweigens im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen. Da übrigens bey Einfriedungsmauern ein Bauconsens nicht angesucht werden darf, und der Bauführer bey Herstellung solcher an keine Vorsichtsmaßregeln gebunden ist, so scheint auch die Vorschrift des gegenwärtigen §., in Verbindung mit dem folgenden, auf diese keine Anwendung zu leiden. Bey solchen Einfriedungsmauern wird sich auch selten ein Anstand gegen die Art der Bauführung selbst, sondern gewöhnlich nur gegen die Gränze ergeben, die dadurch bezeichnet werden soll, und es ist dießfalls sohin bey sich dadurch erhebenden Kränkungen der Anrainer an dasjenige zu halten, was in den folgenden §§. von den Rechtsmitteln zur Erhaltung des Besitzes überhaupt gesagt werden wird.

§. 341.

Bis zur Entscheidung der Sache ist die Fortsetzung des Baues von dem Gerichte in der Regel nicht zu gestatten. Nur bey einer nahen, offenbaren Gefahr, oder, wenn der Bauführer eine angemessene Sicherheit leistet, daß er die Sache in den vorigen Stand setzen und den Schaden vergüten wolle, der Verbothsleger dagegen in dem letztern Falle keine ähnliche Sicherstellung für die Folgen seines Verboths leistet, ist die einstweilige Fortsetzung des Baues zu bewilligen.

1) Der gegenwärtige §. spricht als Regel aus, daß die Fortsetzung des eigenmächtig unternommenen Baues einzustellen sey. Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung besteht, nach der Lehre des Herrn Hofrathes v. Zeiller, darin, weil ein Bauführer,

welcher sich nicht an die gesetzliche Ordnung hält, gegründeten Verdacht erregt, daß er, ohne Rücksicht auf fremde Rechte, einen widerrechtlichen Bau unternehme, daher auch den Nachtheil aus der Einstellung des Baues seinem eigenen Verschulden beyzumessen habe. Wäre das Gesuch um Einstellung des Baues muthwillig, so würde es auf Seite des Gesuchstellers den Ersatz des Schadens und der Streitkosten zur Folge haben. — Man könnte zwar gegen diese Behauptung bemerken, daß dem Gefährdeten der §. 340 das Recht einräume, das Verboth der Neuerung vom Gericht zu fordern, und daß Niemand für den Schaden verantwortlich sey, den er durch den Gebrauch seines Rechtes verursachet; allein es ist hier wohl zu beachten, daß der Gesetzgeber von dem Gefährdeten spricht, folglich dabey immer voraussetze, daß der Verbothswerber durch den Bau in seinen Rechten wirklich gefährdet sey.

2) Das Gesetz führt übrigens von der hier aufgestellten Regel selbst zwey Ausnahmsfälle auf. Die erste ist, wenn eine offenbare und nahe Gefahr aus der Einstellung des Baues befürchtet wird, was insbesondere bey Werken gegen eine Ueberschwemmung oder Feuersgefahr der Fall seyn kann. In einem solchen Falle steht die Gefahr des fremden Besitzrechtes in keinem Verhältnisse mit dem oft unersetzlichen Nachtheile, der aus der Unterlassung der Bauführung für den Bauführer, oder auch wohl noch für Andere erwachsen kann, und es ist sohin natürlicher Weise die Entscheidung der Frage, wie der Bau geführt werden solle, damit Niemandens Rechte dadurch beeinträchtigt werden, auf einen gefahrlosen Zeitpunct aufzusparen. Ob die Gefahr nahe, und ob sie offenbar sey, haben die Sachverständigen zu entscheiden.

3) Die zweyte Ausnahme ist, wenn der Bauführer eine angemessene Sicherheit leistet, daß er in dem Falle, als er in dem, mit dem widersprechenden Anrainer abzuführenden Processe sachfällig würde, die Sache in den vorigen Stand setzen, und den Schaden vergüten wolle, der Verbothsleger dagegen keine ähnliche Sicherstellung für die Folgen seines Verbothes leistet; denn in diesem Falle sind die Rechte des Verbothsle-

gers verwahrt, und er kann kein wichtiges Interesse mehr an der Einstellung des Baues haben. — Erbiethet sich aber auch der Verbothsleger zu einer ähnlichen Sicherstellung, so gebührt demselben um so mehr der Vorzug, als ihm nicht so, wie seinem Gegner, eine ordnungswidrige Handlung zur Last fällt. Ueber die Angemessenheit der Sicherstellung sind, wenn sich die Parteyen hierüber nicht vereinigen, die Sachverständigen einzuvernehmen. Daß übrigens die im gegenwärtigen §. ausgedrückte Vorschrift nur eine provisorische Maßregel betreffe, und jedem Theile frey stehe, sein Recht in petitorio geltend zu machen, fällt in die Begriffe.

§. 342.

Was in den vorhergehenden §§. in Rücksicht einer neuen Bauführung verordnet wird, ist auch auf die Niederreißung eines alten Gebäudes, oder andern Werkes anzuwenden.

Der Gesetzgeber ging bey Erlassung dieser Vorschrift von der Betrachtung aus, daß auch die Niederreißung eines Gebäudes oder andern Werkes sowohl den Besitzern angränzender Grundstücke oder Häuser, als auch andern Personen, welche auf die Sache, die niedergerissen werden soll, ein dingliches Recht haben, Nachtheil zufügen könne. Unter die Letztern gehören vorzüglich die Servitutsberechtigten und die Pfandgläubiger, welche durch eine solche Niederreißung allerdings beträchtlichen Schaden an ihren Rechten leiden können [1]). Die Behauptung, daß der Eigenthümer mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Belieben verfügen könne, setzt, um wahr zu seyn, ein freyes, unbeschränktes Eigenthum voraus; ist dasselbe beschränkt, so kann er an seiner eigenen Sache nichts verfügen, wodurch diejenigen, die auf die Sache das Eigenthum beschränkende Rechte erworben haben, an selben verletzt würden.

---

1) Mir ist ein Fall bekannt, wo der Eigenthümer eines mit Schulden belasteten Hauses die Zwischenmauern seines zweyten Stockwerkes eingerissen, und das Materiale zu einer Gartenmauer verwendet hat. Kann eine solche Verfügung wohl für die Rechte der intabulirten Gläubiger gleichgültig seyn?

§. 343.

und bey der Gefahr eines vorhandenen Baues.

Kann der Besitzer eines dinglichen Rechtes beweisen, daß ein bereits vorhandener fremder Bau oder eine andere fremde Sache dem Einsturze, nahe sey, und ihm offenbarer Schaden drohe; so ist er befugt, gerichtlich auf Sicherstellung zu dringen, wenn anders die politische Behörde nicht bereits hinlänglich für die öffentliche Sicherheit gesorgt hat.

1) So wie bey einer absichtlichen Niederreißung eines Gebäudes die Anrainer in einen Schaden versetzt werden können, so kann dieser Fall auch dann eintreten, wenn das Gebäude durch Alter, Vernachlässigung der von Zeit zu Zeit nothwendig werdenden Reparaturen, oder durch zufällige Beschädigungen baufällig wird. Läuft dabey die öffentliche Sicherheit Gefahr, welches gewöhnlich der Fall ist, wenn sich das baufällige Gebäude in der Mitte anderer Gebäude, oder an einer Straße oder Gasse befindet, dann ist es Sache der Polizeybehörde, Anstalten zu treffen, daß jede Gefahr beseitiget werde.

2) Ist aber dieses nicht der Fall, und sind es nur einzelne Besitzer angränzender Grundstücke oder anderer dinglichen Rechte, denen durch den Einsturz ein Schaden zugehen könnte, so sind sie zwar nicht berechtigt, zu verlangen, daß der Eigenthümer dieses baufälligen Gebäudes dasselbe sogleich vollkommen herstelle, sondern sie können nur Sicherstellung des Schadens verlangen. — Diese Sicherstellung besteht entweder darin, daß der Eigenthümer provisorische Maßregeln zur Verhüthung des Einsturzes treffe, oder daß er durch Deponirung einer baren Geldsumme, Bürgschaft oder Einräumung eines Pfandrechts die Besitzer dieser dinglichen Rechte in die Lage setze, bestimmt auf Entschädigung rechnen zu können, im Falle sie durch den allfälligen Einsturz der Sache Schaden leiden sollten. —

3) Uebrigens scheint aus der Textirung dieses §. nicht undeutlich hervorzugehen, daß hier nur von den angränzenden Besitzern von Grundstücken oder Häusern, und von denen die Rede sey, die auf diese letztern dingliche Rechte besitzen. Die Rechte, welche den auf das baufällige Gebäude selbst einverleibten Pfandgläubigern und Servitutsberechtigten zustehen, sind aus andern §§. des bürgerlichen Gesetzbuches zu entnehmen. (Siehe §§. 458, 482, 483, 514, 515, 516.) Was für ein Recht den Einwohnern eines baufälligen Hauses zustehe, ist aus dem Hauptstücke vom Bestandvertrage zu ersehen.

4) Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt übrigens bey Erläuterung dieses §., daß das hier Gesagte nicht nur von ganzen Gebäuden, sondern auch von einzelnen dazu gehörigen Theilen oder auch anderen einen Einsturz drohenden Sachen handle, wie von Schornsteinen, Erkern, Gängen, Bildsäulen, großen Bäumen u. s. w.; eine Bemerkung, die in der Natur der Sache und in den Worten des §. „ein bereits vorhandener fremder Bau, oder eine andere fremde Sache" gegründet ist.

5) Was wäre aber in dem Falle Rechtens, wenn der Eigenthümer dieses baufälligen Gebäudes die geforderte Sicherstellung zu leisten nicht vermag? — In diesem Falle wäre, nach meiner Ueberzeugung, derjenige, dem durch den bevorstehenden Einsturz Schaden drohet, berechtigt, das baufällige Haus seines Nachbars mit den mindesten Kosten so herstellen zu lassen, damit die Gefahr beseitiget werde; denn im gegenwärtigen §. ist klar die Regel ausgesprochen, daß der Eigenthümer des baufälligen Gebäudes, ohne Unterschied, ob es durch sein Verschulden, oder bloßen Zufall in diesen Zustand gerathen ist, verbunden sey, allen Schaden von seinen Anrainern abzuwenden. Er hat daher entweder durch eine solche Bauführung, welche die Gefahr abwendet, seinen Nachbar klaglos zu stellen, oder wenigstens den Anrainern den Ersatz des Schadens, der für sie hieraus entstehen könnte, sicher zu stellen. Kann er das letztere nicht, so scheint er allerdings zu dem ersteren verpflichtet, denn auch diese Herstellung erscheint als eine Art Sicherstellung der Anrainer vor einem bevorstehenden Schaden. Indem sich nun der Eigen-

thümer zu dem erstern nicht entschließt, weil ihm eben die Vermögenskräfte dazu mangeln, und das letztere nicht leisten kann, so unternimmt derjenige, welcher die Bauführung besorgt, einen Aufwand, welchen der Eigenthümer selbst, nach den Gesetzen, zu machen verpflichtet gewesen wäre, und er ist sohin den Ersatz zu leisten schuldig (§. 1042). Auch als Geschäftsführer ohne Auftrag hat der Bauführer den Ersatz des nothwendig und zweckmäßig gemachten Aufwandes anzusprechen (§. 1036). Selbst die auf dem baufälligen Gebäude eingetragenen Gläubiger, und andere, hierauf dingliche Rechte erlangt habende Personen haben dem Bauführer die Kosten in so weit zu ersetzen, als aus dieser Bauführung für sie ein klarer, überwiegender Vortheil hervorginge (§. 1037).

§. 344.

Rechtsmittel zur Erhaltung des Besitzstandes: a) bey dringender Gefahr.

Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hülfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§. 19). Uebrigens hat die politische Behörde für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe, so wie das Strafgericht für die Bestrafung öffentlicher Gewaltthätigkeiten, zu sorgen.

1) Nach den Rechtsmitteln, wodurch man nach erworbenem Besitze (§. 320) sich gegen einzelne Eingriffe und angemaßte Beschränkungen schützet (§§. 329 — 344), folgen nun die Mittel, sich in dem gedachten Besitze der Sache selbst zu erhalten, oder den widerrechtlich verlornen Besitz wieder zu erlangen.

2) Das erste Mittel, dessen das Gesetz hier erwähnt, ist das der Selbstvertheidigung. — Damit diese Statt finden könne, wird erfordert: a) daß auf den Besitzer ein Angriff gemacht werde, und das Recht der Selbstvertheidigung währet so lange, als dieser Angriff fortdauert; dieses drückt das Gesetz hier durch die

Worte „Gewalt mit angemessener Gewalt zu vertreiben" aus. — Die Gewalt kann daher nicht zur Wiedererlangung des schon verlornen, sondern nur zur Erhaltung des noch bestehenden Besitzes angewendet, sie muß also sogleich (in continenti) gebraucht werden. Tritt eine Handlung inzwischen, woraus man folgern kann, daß der Besitzer die Wiedererlangung des Besitzes durch eigene Hülfe aufgegeben habe, dann hört das Recht der Selbsthülfe auf. b) Die Gewalt muß eine angemessene seyn, d. h. sie darf die Gränzen der Nothwehre nicht überschreiten, und es darf daher dem Angreifer kein größeres Uebel zugefügt werden, als nothwendig erscheinet, um sich in dem Besitze zu erhalten. Diese Nothwendigkeit muß aber nach den individuellen Verhältnissen des Falles und der Gemüthsbeschaffenheit des Besitzers, der sich der eigenen Hülfe bedienet, beurtheilet werden. Die Beschuldigung einer ungerechten Selbstvertheidigung ist, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, nach Beschaffenheit der letztern, vor dem Criminalrichter, oder der Polizey- und Civilbehörde anzubringen. Dem Selbstvertheidiger liegt die Rechtfertigung der ordentlicher Weise widerrechtlichen Handlung und Darthuung der eingetretenen Bedingungen ob.

3) Die Wirksamkeit der politischen Behörde tritt ein, wenn selbe von dem Bedrohten zum thätigen Beystande gegen eine drohende Gefahr, oder von dem Civilrichter zur thätigen Mitwirkung gegen die Uebermacht angerufen wird. In ein Erkenntniß über den Besitzstand selbst hat sich die politische Behörde nicht einzumengen, sondern die Parteyen hierwegen an den Gerichtsstand anzuweisen; denn ihre Einschreitung hat nur zum Zwecke, Ruhe, Ordnung und Sicherheit zu erhalten, ohne die Besitzrechte selbst zu benehmen oder darüber zu entscheiden [1]).

1) Hofdecret vom 3. März 1787; Just. G. S. Nr. 312; auch durch Hofkanzleydecret vom 14. Februar 1811, Just. G. S. Nr. 927, wurde erklärt, daß unter dem den Kreisämtern in Besitzstörungsfällen eingeräumten Wirkungskreis nur jene Fälle verstanden werden, wo Handlungen vorkommen, welche die öffentliche Ruhe verletzen oder bedrohen, und in Verbrechen oder schwere Polizeyübertretungen übergehen können. Wenn dieser Fall eintritt, ist der Störer der öffentlichen Ruhe zum Ersatz aller verursachten Kosten, und folglich auch zur Bezahlung der Reisekosten und Diäten des kreisämtlichen Personales zu verhalten.

Von dieser Vorschrift machen jedoch die Streitigkeiten zwischen Herrschaften und Unterthanen eine Ausnahme; denn sowohl durch das Kundmachungspatent, wodurch das bürgerliche Gesetzbuch in das Leben eingeführt wurde, als durch den §. 1146 des b. G. B. wurde erklärt, daß die Rechte zwischen Gutsbesitzern und Gutsunterthanen aus der Verfassung jeder Provinz und nach den dießfalls bestehenden Vorschriften zu beurtheilen seyen, und daß sohin durch das neue bürgerliche Gesetzbuch hierin nichts geändert wurde. Diesen Vorschriften zufolge wurde in Betreff der Provisorien in Unterthansachen erkläret [1]), daß vermög dieser politischen Gesetze in Besitzstreitigkeiten, dieselben mögen Unterthans-Schuldigkeiten, Grundbesitz, Felddienstbarkeiten oder Verträge betreffen, wo immer das Verhältniß zwischen Herren und Unterthanen eintritt, ohne Unterschied, wer von beyden Kläger oder Beklagter ist, die Voruntersuchung und Festsetzung der mittlerweiligen Vorkehrung den politischen Behörden jederzeit und ausschließend dann noch gebühret, wenn selbst nach den politischen Gesetzen der Gegenstand von den politischen Behörden zum richterlichen Erkenntnisse in der Hauptsache verwiesen werden müßte.

4) Artet die Besitzstörung wirklich in ein Verbrechen oder schwere Polizey-Uebertretung aus, z. B. es würde dabey ein Auflauf sich ergeben, so tritt die Wirksamkeit der Strafbehörde ein. Es gibt aber auch eine besondere Art der Besitzesstörung, welche an und für sich als das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit angesehen und bestraft wird [2]).

---

1) Siehe Hofdecret vom 29. July 1811; J. G. S. Nr. 1374.

2) Wenn mit Uebergehung der Obrigkeit der ruhige Besitz von Grund und Boden, oder der darauf sich beziehenden Rechte eines Anderen, mit gesammelten mehreren Leuten, durch einen gewaltsamen Einfall gestöret, oder wenn auch ohne Gehülfen in das Haus oder die Wohnung eines Anderen bewaffnet eingedrungen, und daselbst an dessen Person, oder an seinen Hausleuten, Hab und Gut Gewalt ausgeübt wird — es geschehe solches nun, sich wegen eines vermeinten Unrechtes Rache zu verschaffen, ein angesprochenes Recht durchzusetzen, ein Versprechen oder Beweismittel abzunöthigen, oder sonst eine Gehässigkeit zu befriedigen; — der Urheber einer solchen Gewaltthätigkeit unterliegt der Strafe des schweren Kerkers von einem bis auf fünf Jahre. Diejenigen, so sich als Mithelfer haben brauchen lassen, sollen mit Kerker von sechs Monathen bis auf ein Jahr bestraft werden. Strafgesetzb. 1. Theil, §§. 72 — 73.

§. 345.

b) Gegen den unechten Besitzer.

Wenn sich Jemand in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht, und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht; so wird der an sich unrechtmäßige und unredliche Besitz noch überdieß unecht; in entgegengesetzten Fällen wird der Besitz für echt angesehen.

1) Der gegenwärtige §. gibt die Erklärung, was ein unechter Besitz sey. Es ist daraus ersichtlich, daß es hier nur auf die Erwerbung, nicht aber auch auf die Fortsetzung des Besitzes ankomme; daher macht auch nach dem österreichischen Rechte eine Verheimlichung in der Fortdauer des Besitzes den Besitzer nicht zum unechten; dagegen wird, wie bereits Herr Professor Winniwarter in seiner mehrerwähnten Abhandlung bemerkt hat, derselbe allerdings unecht, wenn man ihn verloren hatte, und ihn durch Gewalt oder List wieder an sich bringt.

2) Der §. sagt, daß der an und für sich unrechtmäßige und unredliche Besitz durch die hier beschriebene Art und Weise noch überdieß unecht werde. Nach diesem klaren Wortlaute setzt also der unechte Besitz einen unrechtmäßigen und unredlichen Besitz voraus, oder, mit anderen Worten, es kann keinen unechten Besitz geben, welcher rechtmäßig oder redlich wäre. Der unechte Besitz setzt voraus, daß er durch Gewalt, List, heimliches Einschleichen, oder eigenmächtige Abänderung einer Zugestehung aus bloßer Gefälligkeit in eine Berechtigung, erworben werde; — diese Erwerbungsarten sind aber offenbar von der Art, daß sie keinen rechtmäßigen Besitzer charakterisiren können. — Man könnte zwar zu behaupten versucht werden, daß ein rechtmäßiger und zugleich unechter Besitz dann vorhanden sey, wenn z. B. der frühere Besitzer sein Recht zu besitzen an einen Andern abgetre-

ten, dieser sohin einen Titel zum Besitze erlangt hat; — den wirklichen Besitz aber, weil vielleicht sein Vormann zur gütlichen Abtretung sich nicht mehr verstehen will, durch Gewalt oder List an sich bringt. Allein in diesem Falle beruht wohl die Besitzerforderung auf einem gültigen Titel, nicht aber der Besitz selbst; dieser entspringt vielmehr aus einer eigenmächtigen, von dem Gesetze ausdrücklich als unrechtmäßig erklärten Handlung (§. 320). Mehr Schein hat die Behauptung für sich, daß der unechte Besitzer doch ein redlicher seyn könne; denn er kann in der Ueberzeugung, daß die in Handen eines Dritten befindliche Sache sein Eigenthum sey, und weil er den ordentlichen Rechtsweg, der Kostspieligkeit und Langwierigkeit wegen, zu betreten scheuet, selbe durch List oder eigene Gewalt an sich gebracht haben. Das Gesetz erklät aber §. 326 denjenigen, welcher aus wahrscheinlichen Gründen die Sache, die er besitzt, für die seinige hält, für einen redlichen Besitzer, welcher Fall hier vorhanden ist. — Allein der Besitz hat zwey Seiten, an deren seine Redlichkeit oder Unredlichkeit zum Vorschein kömmt, nähmlich das Verhältniß, in welchem sich der Besitzer nach seiner eigenen Ueberzeugung zur Sache befindet, und dann die Art und Weise, wie er zum Besitze der Sache gelangt. Nur die erstere Seite ist im §. 326 berührt; — der Besitzer mag auf was immer für eine Weise in den Besitz gekommen seyn, so ist er unredlich, wenn er weiß, oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die Sache, die er besitzt, sein Eigenthum nicht sey. Wenn Jemand aber auch wirklich Gründe hat, zu vermuthen, daß die im Besitze eines Anderen befindliche Sache sein Eigenthum sey, so handelt er unredlich, wenn er den Besitz auf eine Art an sich bringt, welche von dem Gesetze als eine unrechtmäßige Erwerbungsart erklärt ist. — Schon der gemeine Mann wird einen Besitz nicht für redlich erklären, welcher durch gewaltsames Eindringen oder heimliches Einschleichen erworben wird. Wenn nun überdieß das Gesetz hier erklärt, daß ein solcher Besitz an und für sich unredlich sey, diese Art der Unredlichkeit aber, welche in der Handlung der Besitzergreifung selbst liegt, noch insbesondere mit dem Beynahmen der Unechtheit

bezeichnet, — wer kann wohl zweifeln, daß ein solcher Besitz immer auch als ein unredlicher anzusehen sey? — Die practische Folgerung, welche ich aus dieser Bemerkung ziehe, besteht darin, daß die schlimmen Folgen welche einen unredlichen Besitzer treffen, auch immer dem unechten Besitzer zur Last fallen müssen. Wenn ich aber auch nach den gemachten Bemerkungen nicht zugeben kann, daß, wie Herr Professor Winniwarter behauptet [1]), das Gesetz im gegenwärtigen §. nur das ausdrückt, was gewöhnlich vorkommt, so stimmen unsere Meinungen doch in dem Puncte vollkommen zusammen, daß es allerdings Fälle geben könne, wo der unechte Besitzer einen gültigen Titel seines Besitzes aufzuweisen hat, und auch in der Ueberzeugung lebt, daß die in Besitz genommene Sache sein wirkliches Eigenthum sey. —

§. 346.

Gegen jeden unechten Besitzer kann sowohl die Zurücksetzung in die vorige Lage, als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden. Beydes muß das Gericht nach rechtlicher Verhandlung, selbst ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht, welches der Geklagte auf die Sache haben könnte, verordnen.

1) Es gibt zweyerley Arten von Klagen; einige davon sind auf die Erlangung des Rechtes selbst, andere lediglich auf die Erwerbung des Besitzes gerichtet. Man nennt die ersteren petitorische, die anderen possessorische Klagen. Da der Besitzer einer Sache den Beweis auf seinen Gegentheil wälzet, so liegt oft sehr viel daran, wem das Besitzrecht zugesprochen werde.

2) Der Besitz kann, wie Herr Professor Winniwarter [2]) bemerkt, auf dreyerley Art der Gegenstand eines Rechtsstreites seyn, denn entweder sucht man ihn mit Hülfe des Richters erst zu erlangen, oder den schon erworbenen zu schützen, oder den

1) Siehe die mehrerwähnte Abhandlung S. 137.

2) Am a. O. S. 168.

verlornen zurück zu erhalten. — Im ersten Falle muß sich der Kläger über einen gültigen Titel ausweisen; allein hier kann nur immer von dem Rechte selbst, und nicht von dem bloßen Besitze die Rede seyn, und letzterer kömmt hier nur als Folge des erworbenen Rechtes zur Sprache. Dieses ist z. B. der Fall, wenn der Käufer den Verkäufer um die Uebergabe der Sache belangt, — denn seine Tendenz geht hier nicht bloß auf die Erlangung des Besitzes, sondern auf die des Eigenthums selbst. Derley Klagen gehören daher in die Classe der petitorischen.

3) Auch in denjenigen Fällen, wo es sich um Erlangung des verlornen Besitzes handelt, kann es sich ereignen, daß das Hauptziel der Klage die Anerkennung des Rechtes selbst ist, und daher auch hier der Besitz nur eine untergeordnete Rolle spiele. Dieses ist z. B. der Fall bey der Eigenthumsklage. Wer die Eigenthumsklage anstrengt, muß doch ein Mahl im Besitz der Sache gewesen seyn, und denselben verloren haben. Auch diese Klagen gehören unter die petitorischen Rechtsmittel.

4) Bey den eigentlichen Besitzesstreitigkeiten kömmt es lediglich auf die Zuerkennung des Besitzes und Hintanhaltung jeder Störung derselben an. Bey der Schützung des bereits erworbenen Besitzes sind drey Fälle zu unterscheiden, nähmlich a) wenn der Besitzer in dem Besitze, oder in der Ausübung des mit dem Besitze verbundenen Rechtes, mit der Sache nach Belieben zu verfügen, gestört wird, ohne daß sich der Störer selbst einen Besitz anmaßt; z. B. A ist im Besitze eines Feldes, B stört denselben aber in dem Benützungsrechte, indem er die zur Einsammlung der Früchte von A ausgeschickten Leute verjagt u. s. w.; dann b) wenn der Besitzer in der Ausübung seines Rechtes von einem Andern aus dem Grunde gestört wird, weil letzterer behauptet, ihm gebühre ein Recht *zum Besitze*, und c) wenn ein Dritter *ihn* in der Ausübung mit der Behauptung hindert, daß *ihm* das Besitzrecht zustehe. — In dem ersteren Falle tritt eigentlich die Wirksamkeit der politischen Behörde und die Anwendung der Selbsthülfe ein; denn hier ist, wie vorausgesetzt wird, nicht erst die Vorfrage, wer sich im Besitze befindet, zu entscheiden; im zweyten Falle kömmt diese Vorfrage gleichfalls nicht zu ent-

scheiden, und da Niemand, welcher bloß ein Recht zum Besitze hat, nach §. 320 sich eigenmächtig in den Besitz setzen darf, sondern ihn von dem ordentlichen Richter im Wege Rechtens fordern muß, so kann auch die Frage, ob das angebliche Recht zum Besitze wirklich gegründet sey, gar nicht zur Sprache kommen, daher auch hier die Einschreitung der politischen Behörde nicht ausgeschlossen ist; denn derjenige, welcher sich gesetzwidrig der Selbsthülfe bedient, und daher die gesellschaftliche Ordnung verletzt, kann von jener Behörde, die für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung zu sorgen hat, in seine Schranken zurückgewiesen werden. Im dritten Falle aber, wo es sich um die Beurtheilung handelt, wem eigentlich das Besitzrecht zustehe, muß für jeden Fall die richterliche Wirksamkeit eintreten.

5) Ueber das eigentliche Verfahren in Besitzstreitigkeiten sind bisher von der österreichischen Gesetzgebung noch keine allgemeinen Normen erlassen worden, sondern es bestehen dießfalls nur in einzelnen Theilen des österreichischen Kaiserstaates bestimmte Vorschriften. Das erste dießfalls nach Erscheinung des bürgerlichen Gesetzbuches erschienene Gesetz ist das Hofdecret vom 5. December 1812, J. G. S. Nr. 1017, welches die Art, wie in Besitzstreitigkeiten vorzugehen ist, für Galizien bestimmt, dem einige Erläuterungen nachfolgten. Eine detaillirte Auseinandersetzung des in Besitzstreitigkeiten zu beobachtenden Verfahrens geruhten Se. Majestät mit allerhöchster Entschließung vom 22. Juny 1825 für das lombardisch-venetianische Königreich zu erlassen, und es entsteht sohin vorerst die Frage, ob und in wie weit diese gesetzlichen Anordnungen auch für die übrigen Theile der österreichischen Monarchie von Anwendbarkeit sind? — Da das Hofdecret vom 29. December 1785, Nr. 509, sich dahin ausspricht, daß jene Anordnungen, welche nur an einzelne Stellen über besondere Anfragen erlassen wurden, auch von anderen Gerichtsstellen bey vorkommenden ähnlichen Zweifeln zur Behebung derselben anzuwenden sind, so scheint auch dieses für Gallizien erlassene Hofdecret, da es in die officielle Gesetzsammlung aufgenommen worden ist, auch für andere Provinzen in so weit von Anwendbarkeit, als sich die in selbem enthaltenen Anordnungen

nicht auf die Eigenheiten dieser Provinz selbst beziehen. Dagegen ist die für das lombardisch-venetianische Königreich ergangene höchste Anordnung, weil sie in die allgemeine officielle Gesetzessammlung nicht aufgenommen worden ist, in den anderen Provinzen nur in so weit von Anwendbarkeit, als es sich um die Grundsätze handelt, von welchen der höchste Gesetzgeber bey Erlassung derselben ausgegangen ist. —

6) Das für Gallizien erlassene Hofdecret enthält nun in Ansehung des Verfahrens, bey Klagen gegen Besitzstörungen folgende Anordnungen: „Vor Allem hat es bey dem im Hofdecrete vom 18. August 1803 aufgestellten Grundsatze sein Verbleiben, daß alle Besitzstreitigkeiten, sie mögen nun das possessorium momentaneum, summarissimum, oder possessorium ordinarium betreffen, nach dem bürgerlichen Gesetzbuche zur richterlichen Amtswirksamkeit gehören, und die politischen Behörden nach, §. 344, bloß für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe zu sorgen haben, gemäß welchem die Kreisämter und Criminalgerichte für die öffentliche Ruhe zu wachen, und gegen die Störer derselben mit erspiegelnder Strenge vorzugehen haben. Ist der Richter an Ort und Stelle, so hat er nach einer summarischen Verhandlung, bey welcher bloß das factum turbationis, mit Beseitigung aller übrigen Ansprüche, zu erörtern ist, den Besitzstand zu reguliren, und seine Entscheidung, die allerdings mittelst bloßen Bescheides geschehen kann, provisorisch auch sogleich zu vollstrecken. Ist hingegen der Richter, wie dieses gewöhnlich der Fall bey den Landrechten ist, zu weit entlegen, so hat er a) die bey ihm angebrachten Beschwerden wegen entzogenem oder muthwillig vorenthaltenen Besitzes sogleich in Berathung zu nehmen, wie auch das Präsidium auf die schleunige Erledigung pflichtmäßig zu dringen, allenfalls die Eingaben von außen als dringend bezeichnen zu lassen; b) dem Gränzkämmerer bedingte Befehle zu ertheilen, für den Fall, als die angebrachten Urkunden ihre Richtigkeit haben, oder die angebrachten Umstände hinlänglich bescheiniget werden, ohne weiters sein Amt zu handeln; außer diesem Falle aber an Ort und Stelle des streitigen Besitzes das summarische Protocoll aufzunehmen, und zur Ent-

scheidung dem Landrechte ohne Verzug zuzuschicken, und es kann das Ausbleiben einer Partey, oder ihr Bemühen, der Zustellung auszuweichen, den Fortgang der richterlichen Thätigkeit nicht vereiteln, am wenigsten aber bey einem Pächter, der auf dem Pachtgute entweder selbst wohnt, oder Stellvertreter hat, und wo also die Zustellung auf dem Gute selbst zur Verhandlung dieser dringenden Possessionsstreitigkeiten allerdings zureicht. Jedoch kann das Befugniß, den Gränzkämmerern bedingte Befehle zu ertheilen, keineswegs unbedingt auf alle Fälle des gestörten, bedrohten oder vorenthaltenen Besitzes ausgedehnet, sondern es muß auf jene Fälle beschränket werden, wo Urkunden vorliegen, oder die angebrachten Umstände hinlänglich bescheiniget werden, folglich die Sache offenbar vorliegt. In jedem anderen Falle muß sich der Gränzkämmerer von jeder Verfügung enthalten, und bloß das summarische Verhör dem Landrechte zur Entscheidung vorlegen [1]); c) mögen die Landrechte in außerordentlich dringenden Fällen ein anderes, vielleicht näher gelegenes Landrecht, oder einen organisirten Magistrat, um schnelle Einschreitung und Erlassung einer provisorischen, angemessenen Verfügung angehen; d) haben die Landrechte überhaupt muthwillige Verzögerungen der Gränzkämmerer, unzeitige Einstreuungen der Advocaten, und geflissentliche Absprünge der Parteyen alles Ernstes hintan zu halten, und gegen dieselben nach den bestehenden Vorschriften mit dem gehörigen Strafnachdrucke vorzugehen [2]). Wenn in Fällen einer Störung des Besitzstandes eine mittlerweilige Verfügung getroffen werden soll, so hat der, zur Untersuchung und Ausmittelung des der Störung unmittelbar vorhergegangenen Besitzstandes, Abgeordnete des Gerichtes die von dem einen und dem anderen Theile bezogenen Zeugen, ohne von ihnen einen Eid abzunehmen, abzuhören" [3]).

7) Dagegen schreibt die allerhöchste Entschließung vom 22. Juny 1825 für das lombardisch-venetianische Königreich in Besitzstreitigkeiten im Wesentlichen Folgendes vor:

1) Justiz-Hofdecret vom 24. März 1825; Goutta's Gesetzs. 25. B., S. 135.
2) Hofdecret vom 5. Dec. 1812; J. G. S. Nr. 1017.
3) Hofdecret vom 6. Februar 1818; J. G. S. Nr. 1411.

„Wer im Besitze einer Sache oder eines Rechtes einen Schaden erlitten hat, oder wer gesetzwidrig des Besitzes selbst beraubt wurde, muß sogleich, oder längstens binnen dreyßig auf einander folgenden Tagen, von dem Tage an gerechnet, an welchem ihm die Störung bekannt geworden ist, den Beystand des Richters ansuchen, und mit Genauigkeit sein Begehren stellen. Nach Verlauf dieses Termins muß sich der Besitzer, welcher behauptet, im Besitz gestört worden zu seyn, an die possessorische Klage nach dem gewöhnlichen Verfahren halten. — Wegen Besitzstörung ist mündlich mit der größten Schnelligkeit zu verfahren, und die dießfälligen Verhandlungen können auch an jedem Feyertage vorgenommen werden. Die Einschreitung der Advocaten ist dabey ausgeschlossen. — Bey dem Verfahren ist sich der Grundsatz gegenwärtig zu halten, daß es sich einzig und allein um die Ausforschung oder den Beweis des letzten factischen Besitzes und der Störung handle, und daß die Verordnung oder die Entscheidung des Richters sich lediglich darauf beschränke, den gestörten Besitz zu schützen und wieder einzusetzen. Alles übrige gehört auf den gewöhnlichen Civilweg. — Der Richter hat beyde Parteyen zur Erscheinung binnen möglichst kürzestem Termine, wenn es auch am nähmlichen oder folgenden Tage wäre, vorzufordern, sie an die ihnen obliegende Verbindlichkeit zu erinnern, alle Documente und alle Zeugen, deren sie sich bedienen wollen, mitzubringen, und daß, im Falle des Nichterscheinens der einen Partey, den Aussagen der Gegenpartey Glauben beygemessen und hiernach entschieden werden würde. — Wenn sich schon aus der Klage die Nützlichkeit eines gerichtlichen Augenscheins offenbaret, so kann der Richter sogleich die erste Sitzung an Ort und Stelle halten, und dabey die Kunstverständigen zuziehen. — In den Fällen der §§. 340 — 342, oder in anderen Fällen dringender Gefahr einer widerrechtlichen Beeinträchtigung, ist dem Geklagten die Einstellung des Baues oder anderer Handlungen, wodurch die Rechte des Klägers gefährdet werden könnten, unter Androhung einer entsprechenden Geld- oder Gefängnißstrafe aufzulegen, und nach Umständen kann auch, nach §. 347 des b. G. B., die Sequestration verfügt,

oder der streitige Gegenstand jener Partey anvertraut werden, welche ihrem Gegner Caution leistet, oder welche aus anderen Rücksichten einen vorzüglichen Grund hat, den Schutz des Richters in Anspruch zu nehmen. — Wenn bey der angeordneten Tagsatzung beyde Theile erscheinen, hat der Richter einen Vergleich zu versuchen, und dabey wenigstens dahin zu trachten, daß bis zur Entscheidung ein Provisorium im gütlichen Wege bewirkt werde. Bleibt ein Theil aus, so wird jener Besitzstand für wahr angenommen, welcher von der erscheinenden Partey angegeben wird. Bey streitigen Facten werden ungesäumt ex officio die Zeugen und Kunstverständigen mündlich zu Protocoll genommen. — Die Beeidigung ist dabey zu unterlassen, jedoch ist ihnen die Ermahnung zu geben, daß sie durch falsche Aussagen oder Verschweigung der Wahrheit sich verantwortlich machen und einer Strafe unterziehen würden. Bey diesem Verfahren ist kein Eid der Parteyen zuzulassen. — Wenn die Verhandlung geschlossen ist, wird sogleich, und wenn es seyn kann, noch an dem nähmlichen Tage die Entscheidung mittelst eines, auch die Beweggründe enthaltenden Decretes erlassen. Diese Entscheidung setzt nur einen provisorischen Zustand fest, und hindert keine der Parteyen, auf ordentlichem Wege ihr stärkeres Recht auf den Besitz zu realisiren. — Der Recurs ist nur gegen dieses entscheidende Decret gestattet, und nicht zulässig gegen die Vorsichtsmaßregeln und einstweiligen Verfügungen, die während des Zuges des Verfahrens getroffen wurden, gegen welche einer jeden Partey vorbehalten bleibt, ihre Beschwerde unter Einem mit dem dagegen ergriffenen Recurse vorzubringen. Alle anderen gesetzlichen Rechtsmittel, und insbesondere die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, bleiben ausgeschlossen. — Dieser Recurs kann entweder bey dem Richter erster Instanz schriftlich überreicht, oder binnen acht Tagen mündlich zu Protocoll gegeben werden; ist diese Frist verstrichen, so wird er ex officio abgewiesen. Ist er zu gehöriger Zeit eingebracht worden, so werden, ohne dießfalls eine Sitzung abzuhalten, sämmtliche Acten an das Appellationsgericht eingesendet. Der siegenden Partey wird ohne Verzug die Execution des in erster Instanz

erflossenen Decretes, auch noch vor Verlauf des Recurstermines und ohne Rücksicht auf den bereits ergriffenen Recurs, verstattet. Uebrigens hängt es von dem Ermessen des Richters erster Instanz ab, zu bestimmen, ob während der Recurs-Ergreifung an das Obergericht die bey der Anstellung der Klage, oder während dem Verfahren getroffenen Vorsichtsmaßregeln sogleich aufgehoben, oder bis zur Schlußfassung des Urtheils fortgesetzt werden sollen."

8) Aus den Eingangsworten des für Gallizien erflossenen Hofdecretes vom 5. December 1812 sollte man schließen, daß man eine dreyfache Besitzklage unterscheiden müsse. Allein, unter den provisoriis momentaneis versteht hier das Gesetz lediglich jene Verfügungen, welche früher in Gallizien in Folge der Instruction für die Kreisämter und mehrerer nachgefolgter Verordnungen von den politischen Behörden erlassen wurden, und durch welche der letzte Besitzer provisorisch im Besitz geschützt wurde. Allein diese wurden durch die Hofdecrete vom 3. May 1797, 18. August 1808, 14. Februar 1811, und dann durch das oberwähnte vom 5. December 1812 aufgehoben, und sohin ist gegenwärtig das possessorium momentaneum und das possessorium summarissimum eines und dasselbe. Es gibt daher dermahlen nur zwey Besitzklagen, die summarische und die ordentliche. — Von der summarischen ist hier die Rede; die ordentliche Besitzklage wird angestellt, wenn der Kläger ein stärkeres Recht zum Besitze zu haben behauptet, als sein Gegner, über welche ganz nach den Vorschriften der Gerichtsordnung verfahren wird [1]).

9) In den übrigen Provinzen des österreichischen Kaiserstaates, wo noch keine speciellen Anordnungen, wie in Besitzstreitigkeiten vorzugehen sey, bestehen, dürfte folgendes Verfahren, mit Hinblick auf die Vorschriften der G. O. und die Analogie des für Gallizien erlassenen Hofdecretes vom 5. December 1812, einzutreten haben:

---

1) Siehe Winniwarters Abhandlung S. 169 — 177.

Wird die Klage schriftlich überreicht, so muß sie, wenn im Gerichtsorte Advocaten angestellt sind, allerdings von einem derselben unterfertiget seyn; sie kann aber auch mündlich angebracht und zu Protocoll genommen werden. Der Kläger hat in derselben zu erweisen, daß er sich im Besitze befinde, und daß sein Besitz von dem Geklagten gestöret werde.

Um in der Sache deutlicher zu seyn, will ich von der Störung des Besitzes beweglicher, dann der unbeweglichen Sachen und der Rechte abgesondert sprechen.

Klagen wegen Störungen des Besitzes in beweglichen Sachen können, wie Herr Präsident von Drdaki [1]) bemerkt, natürlicher Weise nur äußerst selten vorkommen; denn ehe noch das Gericht einen Schritt zum Schutze des Gestörten thun kann, ist die Störung schon vollbracht; der gerichtliche Schutz wird sohin hier immer etwas zu spät kommen. — Bey beweglichen Sachen wird sohin, wenn die Sache zur gerichtlichen Verhandlung kömmt, die Besitzesklage nur immer auf Zurücksetzung in die vorige Lage gerichtet seyn; allein auch diese wird selten realisirt werden können, da sich indessen der Störer der Sache entschlagen hat, oder sie verheimlichet. — Es ist daher in einem solchen Falle, um nicht Zeit und Kosten zu verlieren, gerathener, wenn der im Besitze Gestörte auf Zurückstellung der Sache, oder Vergütung des Werthes im ordentlichen Civilwege klagt. — Kömmt aber doch so eine Klage vor, in welcher der Kläger auf die sogleiche Rückstellung der Sache dringt, so wird der Richter hierüber auf ganz kurze Zeit eine Tagsatzung anordnen. Geht nun aus der Vernehmung beyder Theile mit Gewißheit hervor, daß sich der Geklagte auf eine unechte Art in den Besitz der Sache gesetzt habe, so wird demselben sogleich in Erledigung der Tagsatzung aufgetragen, die Sache z. B. innerhalb eines Termins von 24 Stunden zurückzustellen, und geschieht dieses nicht, so kann der Kläger dieses Erkenntniß provisorisch vollstrecken lassen, und bitten, daß ein Gerichtsbedienter abgeordnet werde, um dem Geklagten die Sache mit Gewalt abzunehmen.

---

1) In seiner Abhandlung über die Sicherstellung des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte. Wagners Zeitschrift, Jahrg. 1807, 2. Heft, S. 74.

Zeigt sich aber aus der Verhandlung, daß die Beurtheilung des Factum turbationis von Herstellung eines Zeugenbeweises abhänge, dessen Herstellung nicht sogleich bewerkstelliget werden könnte, so tritt die Vorschrift des folgenden §. in Anwendung.

Wird Jemanden der Besitz einer unbeweglichen Sache streitig gemacht, und werden deßhalb von der andern Seite Eingriffe in das wahre oder vermeintliche Eigenthumsrecht des einen gemacht, so kann dort, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, nur derjenige im Besitze seines Eigenthumsrechtes geschützt werden, welcher sich im Tabularbesitze befindet. Der Kläger wird daher in diesem Falle lediglich den Tabularextract beyzubringen haben, und der Richter wird sich durch Einvernehmung des Geklagten bey einer Tagsatzung oder Abordnung eines gerichtlichen Commissärs an Ort und Stelle, wo das unbewegliche Gut liegt, von dem Acte der Besitzstörung zu überzeugen suchen. — Es kann sich zwar fügen, daß der Eigenthümer sein Eigenthumsrecht an den Geklagten wirklich übertragen habe, und daß sich nur gegen die Umschreibung grundbüchliche Anstände ergeben haben; allein daraus folgt nur, daß dem Geklagten ein persönliches Recht gegen den Kläger auf Ueberlassung der Sache im physischen Besitze zustehen könne; ihm steht daher lediglich frey, seine Rechte im ordentlichen Wege geltend zu machen, die Besitzesrechte kommen aber lediglich dem Tabularbesitzer zu. — Wo keine öffentlichen Bücher eingeführt sind, oder wenn auch dort, wo solche Bücher bestehen, keiner der Streitenden im Tabularbesitze sich befindet, z. B. der Eigenthümer hätte sein Gut Zweyen verkauft, er selbst wäre aber noch als Eigenthümer angeschrieben, und der Streit entstünde zwischen den beyden Käufern, deren jeder sich den physischen Besitz der Sache zueignen will, so hat der Kläger zu erweisen, daß ihm von dem Eigenthümer die Sache in physischen Besitz übergeben worden ist. Der Richter wird hierüber eine Tagsatzung anordnen, bey welcher der Geklagte diese Uebergabe entweder eingesteht, oder derselben widerspricht. Gesteht er sie ein, so wird in Erledigung der Tagsatzung demselben aufgetragen werden, sich aller Eingriffe in den physischen Besitz des Andern zu

enthalten; welcher Auftrag, im Falle er nicht beachtet werden sollte, auch durch Pönalien sogleich provisorisch vollstreckt werden kann. Dadurch ist dem Geklagten nicht benommen, sein allenfalls stärkeres Recht im ordentlichen Wege auszuführen. Widerspricht aber der Geklagte die Uebergabe der Sache in den physischen Besitz des Klägers, und sind auch keine Urkunden vorhanden, aus welchen dieselbe unzweifelhaft hervorgehet, sondern beruft der Kläger sich dießfalls auf Zeugen, so tritt gleichfalls wieder die Vorschrift des nachfolgenden §. in Wirkung. — Sind die Gränzen zweyer Grundstücke streitig, so ist zu erheben, wer im Momente der vorgeblichen Störung das Eigenthumsrecht ausgeübt habe, und ob nicht der Kläger dadurch, daß er die Ausübung der Eigenthumsrechte von der anderen Seite duldete, ohne eine Klage wegen Besitzesstörung sogleich anzubringen, aus dem Besitze gesetzt worden sey (§. 351).

Bey Rechten lassen sich drey Fälle unterscheiden: Entweder beschwert sich der Eigenthümer, daß ihn Jemand, durch Ausübung eines vermeintlichen Rechtes, an seiner Sache, an der freyen Benützung seines Eigenthums störe; oder der vermeintlich Berechtigte beklagt sich gegen den Eigenthümer, daß er ihm die Ausübung seines Rechtes nicht gestatten wolle; oder es kommen zwey Personen, deren jede sich eines und dasselbe Recht auf die Sache zuschreibt, in Collision. — Ist das das Eigenthum beschränkende Recht in den öffentlichen Büchern eingetragen, so muß die Ausübung dieses Rechtes auch von dem Gerichte in Schutz genommen werden, und der Eigenthümer ist ad petitorium zu verweisen. — Ist dieses der Fall nicht, so ist darauf zu sehen, ob der angeblich Berechtigte bereits, nach §. 313, gegen den gegenwärtigen Eigenthümer Gebrauch von diesem Rechte gemacht, und der letztere nicht etwa, in Folge des §. 351, wieder in den Besitz des Freyheitsgebrauches gekommen sey. In dem Falle, als der angeblich Berechtigte auswiese, gegen den Vorfahrer des Eigenthümers sich dieses Rechtes bedient zu haben, er aber ein solches in Betreff des gegenwärtigen Eigenthümers nicht thun könnte, wäre letzterer von dem Richter in Schutz zu nehmen. In dem letztberührten Falle kömmt es darauf an, auf welchen Nahmen das

Recht in den öffentlichen Büchern eingetragen ist; — diesem ist der gerichtliche Schutz zu verleihen. — Ist das Recht in den öffentlichen Büchern gar nicht eingetragen, so kömmt es darauf an, wer sich bisher in der Ausübung dieses Rechtes befand.

Bisher wurden nur die Fälle der directen Besitzesstörung kurz berühret; es gibt aber auch Fälle, wo der Besitz von Rechten dadurch indirecte gestöret wird, daß der Eigenthümer in Ansehung der ihm zugehörigen Sache Handlungen unternimmt, welche den Rechten Anderer nachtheilig seyn können. Von diesen Besitzstörungen wurde in den §§. 340 — 343 gehandelt.

Das Formelle des Verfahrens in solchen Besitzstreitigkeiten besteht im Allgemeinen darin, daß alle Amtshandlungen so schnell als möglich vor sich gehen; die Folgen des Ausbleibens sind die nähmlichen, wie sie die Gerichtsordnung verfügt, eben so auch die Beweismittel. Jedoch bedarf es keines Zwischenurtheiles (Interlocut); es können die Zeugen, wenn sie von den Parteyen selbst beygebracht werden, von dem Gerichtsabgeordneten sogleich ohne Beeidigung abgehöret werden, und ohne Zweifel hat dieses auch bey dringender Gefahr von Kunstverständigen zu gelten, und die in Besitzstreitigkeiten provisorisch erfließenden Entscheidungen können auch sogleich, ohne die Beschwerdeführung zu beachten, in Vollzug gesetzt werden. Dieses erfordert die Natur der Sache, und die Analogie des für Gallizien erflossenen Hofdecretes.

§. 347.

c) Beym Zweifel über die Echtheit des Besitzes.

Zeigt es sich nicht gleich auf der Stelle, wer sich in einem echten Besitze befinde, und in wie fern der eine oder andere Theil auf gerichtliche Unterstützung Anspruch habe, so wird die im Streite verfangene Sache so lange der Gewahrsame des Gerichtes oder eines Dritten anvertraut, bis der Streit über den Besitz verhandelt und entschieden worden ist. Der Sachfällige kann auch nach dieser Entscheidung die Klage aus einem ver-

meintlich stärkeren Rechte auf die Sache noch anhängig machen.

Aus dem oben Gesagten leuchtet klar hervor, daß es nicht immer thunlich ist, auf der Stelle auszumitteln, wer sich überhaupt im Besitze einer Sache oder eines Rechtes, und insbesondere, wer sich im echten Besitze befinde. — In diesem Falle erübriget kein anderes Mittel, als in der Zwischenzeit keinem Theile die Ausübung eines Rechtes zu gestatten, sondern die Sache, um die es sich handelt, durch einen Dritten sequestriren zu lassen, oder in so fern sie eine bewegliche, zur Depositirung geeignete Sache ist, selbe in die gerichtliche Gewahrsame zu nehmen.

§. 348.

Verwahrungsmittel des Inhabers gegen mehrere zusammentreffende Besitzwerber.

Wenn der bloße Inhaber von mehreren Besitzwerbern zugleich um die Uebergabe der Sache angegangen wird, und sich Einer darunter befindet, in dessen Nahmen die Sache aufbewahrt wurde, so wird sie vorzüglich diesem übergeben, und die Uebergabe den übrigen bekannt gemacht. Kömmt dieser Umstand keinem zu Statten, so wird die Sache der Gewahrsame des Richters oder eines Dritten anvertraut. Der Richter hat die Rechtsgründe der Besitzwerber zu prüfen und darüber zu entscheiden.

In den vorausgeschickten Fällen (§§. 344 — 347) wird angenommen, daß wenigstens eine der streitenden Parteyen die streitige Sache im eigenen Nahmen, in der Absicht, sie als die ihrige zu behandeln, besitze (§. 309). Dieser §. redet aber von einem bloßen Inhaber. Dieser kann nicht verhalten werden, sich mit den Besitzwerbern in einen Streit einzulassen; aber es kann, um nicht die Rechte des einen oder anderen Besitzwerbers zu verletzen, auch nicht der Willkühr des Inhabers überlassen werden,

wen aus den Besitzwerbern er allenfalls durch die Uebergabe der Sache begünstigen wolle. — Es ist daher zu unterscheiden, ob sich unter den Besitzwerbern einer befindet, in dessen Nahmen er die Sache inne hat oder nicht. Im ersteren Falle ist er die Sache diesem Besitzwerber heraus zu geben verpflichtet, theils weil er als der eigentliche (moralische) Besitzer anzusehen ist (§. 309), theils weil der Inhaber hier aus dem besonderen Rechtsverhältnisse hiezu verbunden ist. Ja selbst in dem Falle, als unter den Besitzwerbern dieser nicht befindlich ist, kann der Inhaber die Sache an denjenigen ausliefern, der ihm selbe zur Verwahrung übergeben hat. — Kann aber die Uebergabe an diesen nicht geschehen, oder ist der Inhaber überhaupt, wie z. B. der Finder, auf eine solche Art zur Innehabung nicht gelangt, so steht ihm frey, die Sache der Gewahrsame des Richters anzuvertrauen, oder um die Sequestrirung derselben zu bitten. — Der Richter wird in diesem Falle im Nahmen des unbekannten Eigenthümers einen Curator aufstellen, gegen welchen die einzelnen Besitzwerber ihre Klagen zu richten haben; diesem haben sich in der Vertheidigung alle diejenigen anzuschließen, denen daran liegt, daß der Kläger den Besitz nicht erlange. Setzen wir z. B.: A, B und C seyen die Besitzwerber; alle drey reichen gegen den aufgestellten Curator abgesonderte Klagen ein, so wird der B und C sich dem Curator, in Vertheidigung gegen die Klage des A, anschließen; dieses werden auch der A und C gegen die Klage des B, und der A und B gegen die Klage des C thun. Die Nothwendigkeit der Aufstellung eines Curators ergibt sich daraus, weil dadurch die Rechte des abwesenden, unbekannten Eigenthümers geschmälert werden könnten, und weil in dem Falle, als nur ein Besitzwerber aufträte, Niemand vorhanden wäre, gegen den die Besitzklage angebracht werden könnte.

§. 349.

Erlöschung des Besitzes. a) Körperlicher Sachen;

Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein verloren, wenn dieselbe, ohne Hoffnung, wieder gefunden zu werden, in Verlust geräth; wenn

sie freywillig verlassen wird, oder in fremden Besitz kömmt.

1) Nachdem das Gesetzbuch die in Ansehung der Erwerbung und Erhaltung des Besitzes geltenden Bestimmungen aufgeführt hat, so geht es zur Erlöschung des Besitzes über. Hier sind wieder körperliche von unkörperlichen Sachen oder Rechten, und in Ansehung der letzteren solche, welche in öffentlichen Büchern eingetragen sind, von jenen, welche darin nicht erscheinen, zu unterscheiden. Der gegenwärtige §. handelt von der Erlöschung des Besitzes körperlicher Sachen.

2) Da nach §. 309 zum Besitze körperlicher Sachen sowohl die Inhabung, als auch der Wille, die Sache als die seinige zu behalten, erfordert wird, so erlischt der Besitz, bloß als factisches Verhältniß betrachtet, wenn eines aus diesen beyden, im erwähnten §. als wesentlich erklärten Erfordernissen nicht mehr vorhanden ist. Nach dieser Bemerkung hört der Besitz auf, wenn die Sache verloren geht, ohne Unterschied, ob Hoffnung, daß selbe gefunden werde, vorhanden sey oder nicht, denn auch im ersten Falle ist die Sache aus der Macht und Gewahrsame des Besitzers gekommen, und eine Sache, die man nicht in seiner Macht und Gewahrsame hat, kann man, nach §. 309, nicht besitzen. — Darum wird auch derjenige, welcher eine gefundene Sache sich zueignet, nach unseren Strafgesetzen als Betrieger, und nicht als Dieb behandelt, ungeachtet der §. 151 des St. G. B. 1. Th. den Diebstahl folgendergestalt erklärt: „Wer um seines Vortheiles willen fremdes bewegliches Gut aus eines Anderen Besitz, ohne dessen Einwilligung, entzieht, begeht einen Diebstahl." Allein es ist bereits bey Erklärung des §. 311 bemerkt worden, daß an die Erwerbung des factischen Besitzes gewisse Rechte geknüpft seyen, wodurch er in ein juridisches Verhältniß übergehet, und daß dadurch der juridische Besitz entstehe, welcher in dem Inbegriffe der mit diesem factischen Besitze in Verbindung gesetzten Rechte bestehet. Es steht nun nichts entgegen, daß der Gesetzgeber diese Rechte, welche durch Erlangung des factischen Besitzes erworben wurden, auch nach Aufhören

desselben fortdauern lasse, oder mit anderen Worten, daß der juridische Besitz auch dann noch vorhanden sey, wenn der factische bereits aufgehört hat; — und dieses ist auch nach unseren Gesetzen der Fall. Denn ist eine Sache durch Verlust aus Jemandens factischem Besitze gekommen, so dauert der juridische Besitz doch noch so lange fort, als noch Hoffnung vorhanden ist, daß die Sache wieder gefunden werde und in die Inhabung des Besitzers gelange. Ist dagegen die Sache zu Grunde gegangen, oder in einen solchen Zustand gerathen, wo er sie nicht mehr in seiner Gewahrsame haben, oder damit verfügen kann, z. B. das Grundstück wird durch den Strom weggerissen, oder eine bewegliche Sache fällt in den Abgrund des Meeres, — dann geht auch ganz natürlich der juridische Besitz verloren.

3) Gibt der Besitzer den Willen auf, die Sache als die seinige zu behalten, so fällt sowohl der juridische Besitz, als der factische weg; denn es wäre sonderbar, wenn derjenige, der kein Recht mehr auf die Sache haben will, fortwährend in dem Genusse seiner Rechte bleiben sollte. Dieses Aufgeben des Willens kann auf eine zweyfache Weise geschehen, nähmlich entweder dadurch, daß der Besitzer die Sache freywillig in der Art verläßt, daß Jedermann dieselbe, als eine freystehende Sache, soll ergreifen können, z. B. wenn er Geld unter die Anwesenden verstreut; oder daß er sich des Besitzes zu dem Ende begibt, damit derselbe auf eine andere bestimmte Person übergehen solle. Im letzteren Falle hat er den Besitz nur bedingt aufgegeben; sein Besitzrecht hört daher nur dann auf, wenn die Sache wirklich von dieser Person in Besitz genommen wird. Da nun der höchste Gesetzgeber diesen Fall ganz besonders behandelt, so kann er hier unter dem freywilligen Verlassen nur das erstere verstehen. Die Verlassung des Besitzes kann aber ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, oder aber auch stillschweigend durch solche Handlungen erkläret werden, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund zu zweifeln übrig lassen (§. 863). Es muß sohin, damit eine Sache als verlassen angesehen werden kann, eine wirkliche Aenderung des Willens vorhanden seyn.

In wie fern geht der Besitz des Machtgebers oder Curanden durch das bloße Aufgeben des Besitzes von Seite des Machthabers verloren? — Hier ist zu unterscheiden, ob erstere von dem Besitze der Sache, um welche es sich handelt, Kenntniß hatten, und den Willen haben konnten, oder auch wirklich hatten, die Sache zu behalten, oder ob dieses der Fall nicht ist. — Im ersteren Falle kann für die Vertretenen der Besitz nicht verloren gehen, denn sie haben durch ihren Willen den Besitz bereits selbstständig erworben, und es kann daher die Willensänderung des Machthabers an dem factischen Verhältnisse, in dem sie zur Sache stehen, nichts ändern; im zweyten Falle dagegen, wenn nähmlich die Vertretenen zu besitzen unfähig sind, oder wenn sie von der Besitznahme der in Frage stehenden Sache nichts wußten, und ihnen daher der Besitz einzig nur durch den Willen ihrer Stellvertreter zu Statten kömmt, geht der Besitz allerdings verloren [1]).

4) Der Besitz geht ferner verloren, wenn die Sache in fremden Besitz kömmt, d. i. wenn sie in die Macht und Gewahrsame eines Dritten gelangt, welcher auch den Willen hat, sie als die seinige zu behalten. — Das Gesetz macht keinen Unterschied, von welcher Art der Besitz sey, ob er ein rechtmäßiger oder unrechtmäßiger, redlicher oder unredlicher, echter oder unechter sey; denn es ist nicht gedenkbar, daß eine und die nähmliche Sache von mehreren Personen ausschließend besessen werden könne. Ich sage ausschließend, denn daß Mehrere in dem Mitbesitze einer und der nähmlichen Sache seyn können, ist nicht zweifelhaft; auch kann in Ansehung derjenigen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, in so weit wir bloß den Besitz als factisches Verhältniß beachten, der Eine im natürlichen, der Andere im Tabularbesitze der nähmlichen Sache seyn.

1) Siehe Winniwarter a. a. O. S. 136.

§. 350.

b) der in die öffentlichen Bücher eingetragenen Rechte;

Der Besitz derjenigen Rechte und unbeweglichen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, erlischt, wenn sie aus den landtäflichen-, Stadt- oder Grundbüchern gelöscht, oder, wenn sie auf den Nahmen eines Anderen eingetragen werden.

So wie der Besitz derjenigen Rechte und unbeweglichen Sachen, welche einen Gegenstand der öffentlichen Bücher ausmachen, nur durch die ordentliche Eintragung in diese Bücher erlangt wird (§. 321), so wird hier ganz consequent auch angeordnet, daß der Besitz solcher Sachen und Rechte nur durch die in den öffentlichen Büchern geschehene Löschung des Besitzers, oder durch die Eintragung des Nahmens eines Anderen, der dadurch anstatt des vorigen in den Besitz tritt, verloren gehe. Dieses erheischt das Prinzip der Oeffentlichkeit, auf welches die Führung dieser Bücher gegründet ist. Wenn sich also auch der Besitzer ausdrücklich erklärt hätte, den Willen, die Sache als seine eigene zu behalten, aufgegeben zu haben, so muß er doch so lange, als diese Löschung oder Umschreibung nicht erfolgt ist, immer für den Besitzer angesehen werden, und es gründet eine solche Erklärung nur ein Recht für denjenigen, zu dessen Gunsten diese Erklärung geschehen ist, zu verlangen, daß der Besitzer die Eintragung des Nahmens des neuen Besitzwerbers sich gefallen lassen müsse. — Dagegen erlischt, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller bemerkte, der Besitz sogleich, als der Nahme des Besitzers gelöscht wird, und zwar selbst dann, wenn die Löschung auf eine widerrechtliche Weise geschehen wäre, und könnte nur durch eine neue Einverleibung wieder hergestellt werden.

§. 351.

c) anderer Rechte.

Bey anderen Rechten hört der Besitz auf, wenn der Gegentheil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erkläret; wenn er die Ausübung des Rechtes eines Anderen nicht mehr duldet; oder wenn er das Verboth, etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet, der Besitzer aber in allen diesen Fällen es dabey bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt. Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz, außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen, nicht verloren.

1) Der höchste Gesetzgeber hatte bey Erlassung gegenwärtiger Vorschrift offenbar den §. 313 vor Augen; daher wird auch hier von solchen Rechten, welche erst durch den Gebrauch zu wirklichen Rechten erwachsen sollen, gehandelt. Es ist hier von dem Verhältnisse des Berechtigten zu dem Verpflichteten, nicht von dem gegen dritte Personen die Rede. Z. B. der Grundbesitzer A verweigert dem B, welcher bisher den Zehent eingehoben hatte, die Entrichtung des Zehents. Dieser Fall ist offenbar im gegenwärtigen §. begriffen. — Ein anderer Fall wäre aber der, wenn der B durch den C, welcher behauptet, daß ihm das Zehentrecht auf den Gründen des A gebühre, in der Einhebung des Zehents verhindert würde. Dieser Fall ist im gegenwärtigen §. nicht begriffen. — Wir werden daher am Ende dieses §. darauf zu sprechen kommen.

2) Als Beyspiel, wie der Besitz solcher Rechte, von welchen im gegenwärtigen §. die Rede ist, verloren gehe, können die Falle dienen: a) bey einem bejahenden Rechte, wenn der Robathpflichtige sich erkläret, keine Robath mehr leisten zu wollen; b) bey einem verneinenden Rechte, wenn der Besitzer eines Brunnens seinem Nachbar, der bisher immer das Wasser aus

selbem hohlte, den Zugang zu selbem verschließt; c) bey einem Verbothsrechte, wenn Jemand vor den Fenstern dessen bauet, der bisher das Recht der freyen Aussicht zu haben behauptete. — Damit jedoch der Besitzer eines Rechtes durch dergleichen Handlungen des Verpflichteten wirklich aus dem Besitz gesetzt werde, muß noch hinzukommen, daß er es dabey bewenden lasse, und die Erhaltung des Besitzes nicht sogleich einklage. — Der Besitzer kann sich daher im Falle einer Widersetzlichkeit von Seite des Verpflichteten in dem Besitz erhalten, wenn er sogleich die Klage auf Anerkennung des Besitzes einreicht, oder, im Falle sogar Gewalt gegen ihn gebraucht würde, und die richterliche Hülfe zu spät käme, der Störung mit eigener Gewalt sich entgegenstellt. Unterläßt er dieses, so kömmt sein Gegner in den Besitz der Freyheit.

3) Einen bestimmten Termin, binnen welchem die Klage eingereicht werden soll, hat das Gesetz nicht festgesetzt. — Eine solche Terminsbestimmung ist auch nicht leicht thunlich, da selbe nach Verschiedenheit der Umstände ebenfalls verschieden seyn muß. Der Besitz eines Rechtes dauert fort, so lange es dem Berechtigten physisch möglich ist, die Ausübung desselben willkührlich zu erneuern; hört diese Möglichkeit auf, so ist der Besitz des Rechtes verloren. — Ob der Besitzer des Rechtes von der Störung des Besitzes Wissenschaft hatte oder nicht, darauf kann es bey dem Besitze, der seiner Natur nach ein bloß factisches Verhältniß ist, nicht ankommen [1]). Wenden wir das hier Gesagte auf einige Beyspiele an. — Wer im Besitz des Zehentrechtes ist, muß in dem Fall, als der Zehenthold die Abreichung des Zehents verweigert, seine Klage noch früher überreichen, als das Getreide vom Felde weggebracht worden ist; wer sich im Besitze der Servitut der Aussicht befindet, muß sich für den Fall, als ihm dieselbe von seinem Nachbar verbauet werden soll, mit der Klage in der Art beeilen, daß ihm bey Ueberreichung derselben die Aussicht noch nicht gänzlich benommen sey u. s. w.

---

1) Siehe die 11. Anmerkung zu der Abhandlung des Herrn Professors Winniwärter. (Materialien 7. B., S. 198.)

Nur dann, wenn es sich um den Besitz eines verneinenden Rechtes handelt, dürfte das aufgestellte Criterium nicht vollkommen anwendbar seyn. Setzen wir z. B. den Fall, daß sich der Eigenthümer des Brunnens, dessen Nachbar sich im Besitze des Rechtes befindet, das benöthigte Wasser aus selbem zu hohlen, der ferneren Ausübung dieses Servitutsrechtes widersetzte, und dem Nachbar bey Gelegenheit, als derselbe wieder Wasser hohlen läßt, ausdrücklich erklärte, daß er dieses in die Zukunft nicht mehr gestatten wolle, der Nachbar es auch dabey bewenden läßt, und durch ein ganzes Jahr weder sein Recht mehr ausübet, noch eine Klage dießfalls einreicht: hier kann nicht behauptet werden, daß sich der Nachbar noch im Besitze dieses Rechtes befinde, ungeachtet es ihm während dieser ganzen Zeit noch immer physisch möglich war, das benöthigte Wasser aus diesem Brunnen zu hohlen. Denn eben dadurch, daß der Servitutsberechtigte auf das Verboth seines Nachbars sein Recht auszuüben unterlassen hat, ist letzterer in den Besitz des Verbothsrechtes gekommen, die Ausübung eines Rechtes, in dessen Besitz sein Gegner war, zu verweigern (§. 313). Es ist also in einem solchen Falle allerdings nothwendig, daß der Besitzer des verneinenden Rechtes mit Ueberreichung der Klage nicht so lange zurückhalte, daß daraus geschlossen werden könnte, er habe sich dem Verbothe freywillig gefügt.

4) Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes kann der Besitz nicht aufhören, da ja eben in dem Begriffe des Rechtes das Befugniß liegt, sich der Ausübung desselben nach Belieben zu bedienen. Hat daher z. B. der Zehenthold dem Zehentherrn die Abreichung des Zehents niemahls verweigert, letzterer aber dessenungeachtet den Zehent durch mehrere Jahre nicht eingehoben; hat der zur Schöpfung des Wassers aus fremdem Brunnen Berechtigte durch längere Zeit von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht, ohne daß ein Verboth des Brunnenbesitzers vorausgegangen wäre: so kömmt keiner aus beyden dadurch aus dem Besitze seines Rechtes. Nur dann, wenn zu dem Nichtgebrauche die ausdrückliche oder stillschweigende Verweigerung hinzukömmt,

oder wenn durch die ganze Verjährungszeit der Gebrauch des Rechtes unterlassen wird, wird der Besitz geendigt.

5) Rechte, welche mit dem Besitze einer Sache verbunden sind (§. 298), gehen mit dem Besitz der Sache selbst verloren (§§. 349 und 350). Eben so hört der Besitz der Rechte durch den Untergang der Sache, in welcher sie ausgeübt werden, von selbst auf; überhaupt hat das Besitzrecht die gemeinschaftlichen Erlöschungsarten mit den übrigen Rechten, welche im dritten und vierten Hauptstücke des dritten Theiles vorkommen, gemein. — Der Besitz eines Rechtes geht aber auch dann verloren, wenn eine andere Person in den Besitz desselben eintritt. — Hier kömmt der Besitz, als Folge eines schon wirklich bestehenden Rechtes, in Betrachtung. Dieser Fall tritt in dem bereits Nr. 1 berührten Beyspiele ein, wenn der B, der bisher das Zehentrecht ausübte, die Ausübung desselben unterläßt, und dagegen der C es auszuüben anfängt.

§. 352.

So lange noch Hoffnung vorhanden ist, eine verlorne Sache zu erhalten, kann man sich durch den bloßen Willen im Besitze erhalten. Die Abwesenheit des Besitzers, oder die eintretende Unfähigkeit, einen Besitz zu erwerben, heben den bereits erworbenen Besitz nicht auf.

1) Zur Erläuterung der gesetzlichen Anordnung, daß man sich auch noch nach verlorner Gewahrsame, welche doch (§. 309) in den Begriff des Besitzes als ein wesentliches Merkmahl aufgenommen wurde, doch durch seinen bloßen Willen im Besitze erhalten könne, so lange noch die Möglichkeit, die Sache wieder in seine Gewahrsame zu bekommen, vorhanden ist, ist bereits in den Bemerkungen zu dem §. 349 das Nöthige vorgekommen.

2) Da der Besitz, nebst der Gewahrsame, auch den Willen, die Sache als die seinige zu behalten, erfordert, so könnte man versucht werden, anzunehmen, daß der Besitz dann aufhöre, wenn der Besitzer in einen Zustand geräth, in dem er des Wollens

unfähig ist. — Dieser irrigen Ansicht begegnet hier der Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Gegenerklärung. Ein einmahl geäußerter Wille muß der Regel nach, und in so fern nicht besondere Ausnahmen vom Gesetze festgesetzt sind, so lange fortdauernd angenommen werden, bis er nicht durch einen ausdrücklichen entgegengesetzten Willensact aufgehoben wird. Hier macht, in gewisser Beziehung, selbst der Fall des Todes keine Ausnahme, indem vor der Annahme des Erben die Verlassenschaft so betrachtet wird, als ob sie noch von dem Verstorbenen besessen würde (§. 547); daher wird auch derjenige, der sich nach dem Tode eines Menschen Verlassenschafts-Gegenstände unbefugter Weise zueignet, z. B. des Erblassers Uhr aus seinem Zimmer wegträgt und für sich verwendet, als ein Dieb behandelt.

Zweytes Hauptstück.

Von dem Eigenthumsrechte.

§. 353.

Begriff des Eigenthumes. Eigenthum im objectiven Sinne;

Alles, was Jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigenthum.

§. 354.

im subjectiven.

Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden Andern davon auszuschließen.

1) Ueber den Begriff des Eigenthums herrschte unter den Rechtsgelehrten von jeher eine große Verschiedenheit der Ansichten. Einige eifern sehr darüber, daß man Eigenthum für Recht nehme; sie sagen, das Eigenthum sey kein Recht, sondern lediglich eine Eigenschaft, welche aus dem Rechte, das uns zustehet, entspringt; dagegen geben Andere, die in die Definition des Eigenthums gleichfalls den Begriff von Recht nicht aufnehmen, doch zu, daß Eigenthum in gewisser Beziehung auch für ein Recht genommen werden könne. — Die gegenwärtige Gesetzgebung unterscheidet ganz richtig das Eigenthum im objectiven und subjectiven Sinne. Im objectiven Sinne bezeichnet Eigenthum den Gegenstand, mit welchem wir in einem solchen Verhältnisse stehen, daß er als uns ausschließig zugehörig und von der Zueignung aller übrigen Staatsbürger ausgeschlossen angesehen werden muß. Es können daher auch Sachen, von deren Benützung ihrer Natur nach Niemand ausgeschlossen werden kann, z. B. die Luft, kein Eigenthum einer physischen oder moralischen Person werden.

2) Der Gegenstand des Eigenthumsrechtes, sohin dasjenige, was wir im objectiven Sinne Eigenthum nennen, kann, wie der

§. 353 ausdrücklich enthüllt, sowohl eine körperliche als unkörperliche Sache (ein Recht) seyn, und zwar ohne Unterschied von persönlichen und dinglichen Sachenrechten. Darum hat auch das Eigenthumsrecht, in objectiver Hinsicht, aus allen Rechten den größten Umfang, weil es bey allen diesen von dem Eigenthume verschiedenen, nur dasselbe beschränkenden Rechten in gewissen Beziehungen wieder zum Vorschein kömmt. — So kann man z. B. von einem Eigenthume des Pfandrechtes, der Dienstbarkeit, des Erbrechtes, eines Kaufrechtes u. dgl. sprechen; jedoch muß man, um bey dieser Begriffsbestimmung sich in den Folgerungen nicht zu verirren, genau den Gegenstand in das Auge fassen, um den es sich eigentlich handelt. — Ist z. B. der Gegenstand, um den es sich handelt, eine körperliche Sache, so kann Einem das Eigenthumsrecht, einem Andern das Pfandrecht hierauf gebühren. Das Eigenthum, was hier bey dem Pfandrechte in Vorschein kömmt, ist keineswegs diese körperliche Sache, sondern das Recht, welches dem Pfandgläubiger zustehet, aus dieser Sache, wenn die Befriedigung zur gehörigen Zeit nicht erfolgt, sich zahlhaft zu machen. Nicht mit der Sache selbst, sondern mit dem Rechte, das dem Pfandgläubiger auf die Sache zusteht, kann er beliebig verfügen.

3) In subjectiver Beziehung ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten und jeden Andern davon auszuschließen. — Zu bemerken ist hier, daß der Begriff des Eigenthums, wie er hier aufgestellt ist, die natürlichen Bestandtheile desselben enthält, und daher der Begriff des Eigenthums nicht wegfällt, wenn Beschränkungen eintreten.

4) Das Eigenthum ist das ursprüngliche Recht, welches einer Person auf eine Sache, die aus der Reihe der herrenlosen Güter herausgezogen ist, zusteht. Alle übrigen dinglichen Rechte setzen ein Eigenthum voraus, und sind ohne ein solches nicht gedenkbar. — Nehmen wir z. B. das Besitzrecht. Es ist nun freylich möglich, daß eine Sache, die in keines Menschen Eigenthum ist, in Besitz genommen werde; allein in diesem Falle wird der Besitzer durch die Besitzergreifung selbst Eigenthümer werden. — Eben so setzt das Pfandrecht nothwendig einen Eigenthümer voraus. Würde Jemand eine freystehende Sache bloß zu dem Ende

ergreifen, um sich hieraus, wenn die von einer andern Person eingegangene Verbindlichkeit nicht erfüllt wird, zahlhaft zu machen, so könnte dieß nicht anders, als vermöge des rechtlichen Befugnisses geschehen, sich freystehende Sachen zuzueignen. Welche Zwecke derjenige, der sich eine freystehende Sache zueignet, erreichen will, darauf kömmt es nicht an; denn darin besteht ja eben das Eigenthumsrecht, daß der Eigenthümer befugt ist, die Sache zu seinen beliebigen Zwecken zu gebrauchen. Die Gränzen, die er sich bey der Benützung der Sache selbst setzet, und die daher bloß von seiner Willkühr abhängen, können eben deßhalb den Begriff des Eigenthumsrechtes nicht aufheben. Dieses ist um so mehr bey dem Servitutsrechte der Fall, welches schon seinem Begriffe nach eine Sache voraussetzt, die einem Andern eigenthümlich zugehört. — Ein Servitutsrecht an einer freystehenden Sache wäre ein rechtliches Unding. Ein Erbrecht setzt nicht nur voraus, daß die zur Erbschaft gehörigen Sachen das Eigenthum des Erblassers gewesen sind, sondern es muß nothwendig durch eine rechtliche Fiction auch angenommen werden, daß, in so lange sie in das Eigenthum des Erben nicht übergehen, noch immer im Eigenthume des Erblassers seyen; sonst würden sie durch seinen Tod freystehende Sachen, somit der Zueignung preisgegeben, was der Natur des Erbrechtes widerstreiten würde. Dagegen setzt das Eigenthum nicht eben so die Existenz der andern dinglichen Rechte voraus, wenn man nicht etwa das Besitzrecht ausnehmen will, welches eigentlich ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes ist.

§. 355.

Objective und subjective Möglichkeit der Erwerbung des Eigenthums.

Alle Sachen sind insgemein Gegenstände des Eigenthumsrechtes, und Jedermann, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen, ist befugt, dasselbe durch sich selbst oder durch einen Andern in seinem Nahmen zu erwerben.

1) Bey Erwerbung eines Eigenthums kommt es theils auf das Object, über welches ein Eigenthumsrecht erlangt werden

soll, theils auf das Subject an, welches das Eigenthumsrecht an sich bringen will. In ersterer Hinsicht stellt der gegenwärtige §. die Regel auf, daß alle Sachen zum Gegenstande des Eigenthumsrechtes gemacht werden können. Ausnahmen von dieser Regel müssen besonders nachgewiesen werden.

2) In objectiver Hinsicht unterliegt das Recht, Eigenthum zu erwerben, durch mehrere politisch-positive Anordnungen mehrfachen Beschränkungen. Die dießfalls beschränkenden gesetzlichen Verfügungen wurden bereits bey Erläuterung des §. 311 angeführt, auf die sich hier bezogen wird.

3) In Ansehung des Subjectes liegen die Beschränkungen theils in den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches selbst, theils in mehreren politischen Verordnungen. Nach den bürgerlichen Gesetzen sind von der Erwerbung des Eigenthums (in eigener Person) alle jene Personen ausgenommen, welchen das wirkliche oder sittliche Vermögen mangelt, durch ihren eigenen Willen Rechte an sich zu bringen. Hierunter gehören Kinder, d. i. Personen unter sieben Jahren, Irrsinnige und eine Gattung von Blödsinnigen, nähmlich solche, denen der Gebrauch der Vernunft gänzlich mangelt, dann die zum schweren oder schwersten Kerker, und zur Todesstrafe verurtheilten Verbrecher. Minderjährige, so wie Unmündige, welche die Jahre der Kindheit bereits überschritten haben, dann Blödsinnige, denen der Gebrauch der Vernunft nicht platterdings mangelt, die aber unvermögend sind, die Folgen ihrer Handlungen einzusehen, sind zur Erwerbung des Eigenthums wohl beschränkt, jedoch hiezu nicht gänzlich unfähig. Sie können durch Verträge, worin sie keine Gegenleistung versprechen, so wie durch Ersitzung Eigenthum an sich bringen.

4) Vermöge der politischen Verordnungen sind folgende Personen in Erwerbung des Eigenthums beschränkt:

a) Den Juden ist in Niederösterreich [1]), Böhmen [2]), in Tyrol und Vorarlberg [3]) nicht gestattet, unbewegliche Güter an sich

1) Judenordnung für die Stadt Wien vom 22. Sept. 1753. Theres. G. S., 2. B., S. 234.

2) Vermöge Landtagsschlusses im Jahre 1650.

3) Hofdecret vom 11. April 1818; J. G. S., Nr. 1331.

zu bringen, und ist eine Handlung, wodurch ein Jude wider die bestehenden Gesetze zum Besitze eines unbeweglichen Gutes gelangen soll, ungültig. In Niederösterreich sind die zur landtäflichen und grundbüchlichen Eintragung bestellten Aemter verpflichtet worden, darüber zu wachen, daß keine verdächtige, oder dahin, daß der neue Inhaber erst in der Folge werde genannt werden, lautende Urkunde einverleibt oder vorgemerkt werde. Es wurde ihnen anbefohlen, solche auffallende Scheinverträge der vorgesetzten (politischen) Behörde zur weiteren Verfügung anzuzeigen. Juden, die sich Uebertretungen dieser Vorschrift zu Schulden kommen lassen, sollen um ein Drittheil des Werthes der Realität, und die Theilnehmer und Unterhändler um einen den Umständen angemessenen Geldbetrag, der sich von 250 fl. W. W. bis auf 100 Ducaten erstrecken kann, bestraft werden. Könnte die Geldstrafe nicht zum Vollzuge kommen, so ist eine Arreststrafe von einem bis zu drey Monathen zu verhängen. Gegen Juden insbesondere kann außer den bemerkten Strafarten nach Umständen auch der Verlust der Toleranz, oder eine beschränkte Abschaffung Statt finden. Die Untersuchung und das Erkenntniß in solchen Straffällen ist der Landesstelle vorbehalten [1]). In Böhmen ist jenen Obrigkeiten oder Magistraten, welche den Juden das eingeschränkte oder uneingeschränkte Eigenthum einer Realität zu erwerben gestatten, angedroht worden, daß sie mit der Strafe des Kaufschillings jener Realität, welche die Juden an sich gebracht haben, zum Armenfonde des betreffenden Ortes unnachsichtlich belegt, dann jede von den Juden auf solche Art gesetzwidrig an sich gebrachte Realität eingezogen und zum Besten des Armenfondes hintan gegeben werden solle [2]). Hievon macht der Fall keine Ausnahme, wenn die Juden als Gläubiger oder Executionsführer erscheinen, da ihnen das Recht, die Landtafel zu genießen, lediglich in Absicht auf die Sicherheit eingeräumt ist, und das Hofdecret vom 9.

1) Justiz-Hofdecret vom 25. October 1816; Gautta's G. S. 12. B., S. 192.
2) Hofkanzleydecret vom 14. Nov. 1807; P. G. S. 29. B., S. 144.

Februar 1776, wornach auch auswärtige Gläubiger, welchen, außer dem mangelnden Incolate und der Standesqualität, zur Besitzfähigkeit nach den Landesgesetzen sonst nichts im Wege steht, liegende Güter im Wege der Execution kaufweise an sich zu bringen, und einstweilen, bis zu ihrer Befriedigung oder Habilitirung, besitzen können, auf Israeliten nicht anwendbar ist, weil sie nach den Gesetzen zu jedem Besitze christlicher Realitäten unfähig sind [1]). In Gallizien sind die Juden gleichfalls durch Hofdecret vom 9., kundgemacht durch Kreisschreiben vom 29. März 1793, von dem weiteren Ankauf und Erbpacht landschaftlicher Realitäten und Güter ausgeschlossen worden. Dagegen ist den Juden, die vor Erlassung dieses Kreisschreibens landtäfliche Güter in Gallizien erworben haben, gestattet, dieselben an ihre ehelichen Descendenten zu vererben oder abzutreten, ohne daß diese gebunden sind, diese sodann ererbten oder auf andere Art erlangten Güter zu veräußern. Eben so wurde erklärt [2]), daß Se. Majestät die Juden von der Ansichbringung solcher Häuser und Häuserplätze in den gallizischen Landstädten, welche bisher noch nicht im Besitze der Juden sich befanden, gänzlich ausschließen, und sofort dieselben, damit den christlichen Unterthanen die Unterkunft in den Städten nicht beschränkt werde, zur Steigerung bey der emphyteutischen Verpachtung von dergleichen Plätzen nicht zugelassen wissen wollen [3]). Diese Vorschrift findet auch selbst auf vorhergegangene Erwerbungen solcher Häuser und Häuserplätze, in so fern der erwerbende Jude nicht vor dem Kreisschreiben vom 19. April 1805, womit obige Verordnung kund gemacht wurde, in dem Grundbuche oder in den Stadtbüchern schon an den Besitz geschrieben worden ist. Nur sollen auch jene Juden, welche Häuser und Häuserplätze vor der Kundmachung des erwähnten Kreisschreibens authore praetore, mithin unter öffentlichem Ansehen käuflich an sich gebracht haben, sie mögen

1) Hofkanzleydecret vom 8. July 1327; Goutta's G. S. 28. B., S. 317.

2) Hofkanzleydecret vom 23. July 1819; J. G. S. Nr. 1535.

3) Hofkanzleydecret vom 28. März 1805; J. G. S Nr. 722.

bereits vor der besagten Kundmachung intromittirt gewesen seyn oder nicht, an den Besitz in den Stadtbüchern geschrieben werden können [1]). In Görz können die Juden im Allgemeinen liegende Gründe erwerben und besitzen, jedoch keine solchen, mit denen obrigkeitliche Rechte, als: Jurisdictionen, Patronate, Vögteyen u. dgl. verbunden sind. Dagegen wurde angeordnet, daß die Vermehrung der in dieser Provinz vorhandenen jüdischen Familien durch neue Ansiedelungen nicht zu gestatten sey [2]). Ueber die Eignung der Juden in Mähren und Schlesien zum Besitze und zur Pachtung von Realitäten außer den Städten, wurden folgende Grundsätze bestimmt: Juden, wenn sie wirkliche Familianten sind, dürfen obrigkeitliche Branntweinhäuser emphyteutisch an sich kaufen; Dominical-Ansiedelungen oder derley Grundstücke unter den im höchsten Toleranzpatente vom 13. Februar 1782, 6. Absatze, festgesetzten Bedingungen jedoch bloß pachten. — Juden, die keine Familienstelle inne haben, sind von beyden, d. i. von dem emphyteutischen Eigenthume obrigkeitlicher Branntweinhäuser, und der Pachtung der Dominical-Ansiedlungen oder Dominical-Grundstücke ausgeschlossen, dürfen aber ausnahmsweise obrigkeitliche Branntweinhäuser in jenem Falle eigenthümlich besitzen, wenn einer oder der andere Nichtfamiliant ein von seinen Aeltern oder Verwandten eingekauftes Branntweinhaus ererbt hätte, welche Erwerbung ihm jedoch keineswegs einen Anspruch zur Familienstelle gibt [3]).

b) Die Ehegattinnen türkischer Unterthanen sind eben so wenig als ihre Ehemänner, in Folge des zu beobachtenden Reziprocums, zum Besitze von Realitäten in den österreichischen Staaten geeignet, wenn sie auch vor der Verehelichung für ihre Person zu den österreichischen Unterthanen gehörten.

c) In Böhmen, Mähren und Schlesien, so wie in Gallizien, ist, vermöge der in diesen Ländern bestehenden Landesverfassung, die

---

1) Hofdecret vom 24. Dec. 1806; J. G. S. Nr. 795.

2) Hofdecret vom 28. März 1818; J. G. S. Nr. 1433.

3) Hofkanzleydecret vom 15. Nov. 1824.

Ansichbringung landtäflicher Güter nur jenen gestattet, welche sich landesverfassungsmäßig zu einem der vier Stände des Landes legitimirt und zum Lande habilitirt haben. Nur der mit Incolat versehene Herren- und Ritterstand, und der in den zur Landtafel privilegirten Städten eingeborne Bürgerstand ist in dem Vorrechte, landtäfliche Güter zu besitzen und an sich zu bringen. — Daher ist in Böhmen verordnet, daß jeder Ausländer zuerst das Incolat erwerben, und jeder Inländer, der nicht unter die oben angeführten Classen gerechnet werden kann, wenn er auch das Bürgerrecht in einer landtafelfähigen Stadt sich erworben hat, erst durch eine besondere Concession des Landesfürsten begnädigt werden müsse, wenn er ein landtafelmäßiges Gut an sich bringen will. Die zur Zeit des Erlasses der gegenwärtigen Verordnung (5. July 1811) bestandenen unhabilitirten landtafelmäßigen Besitzer landtäflicher Güter wurden, wenn sie nicht Unterthanen waren, für sich auf die Zeit ihres Lebens in dem Besitze gelassen, ohne daß von ihnen eine nachträgliche Habilitirung gefordert worden wäre. — Die Unterthanen, welche bisher ein landtäfliches Gut besaßen und darin geschützt werden wollten, mußten ihr Bauerngut aufgeben. Wenn von ihnen mehrere zusammen ein landtäfliches Gut besaßen, so waren sie gehalten, ihr Recht auf einen unter ihnen zu übertragen, der aber keinen Bauernhof besitzen durfte, und auf diese Art können sie sohin auf die Zeit ihres Lebens, ohne sich zu habilitiren, im Besitze gelassen werden. Diesen begünstigten Unterthanen, die auf solche Art ganz aus der Gesellschaft der ursprünglichen Mitkäufer eines landtäflichen Gutes ausgetreten sind, und dasselbe bloß zu ihren Handen besaßen, wurde zur Veräußerung der Bauernhöfe, und zur Ausgleichung ihrer wechselseitigen Ansprüche, ein Termin von einem Jahre und sechs Wochen gestattet. — Da übrigens die Landtafelfähigkeit ein Begnadigungsrecht des Landesfürsten ist, und der Vorschrift gemäß jeder neue Besitzer eines landtafelfähigen Gutes beym Kreisamte entweder alsogleich bey Erlangung des Besitzes, oder wenigstens binnen einem Jahre sechs Wochen und drey Tagen mit der Landtafelfähigkeit sich ausweisen muß, so folgt

hieraus von selbst, daß bey der Beurtheilung und Entscheidung über die Landtafelfähigkeit, die Amtswirksamkeit der politischen Behörden eintrete. Dagegen ist hier von denjenigen nicht die Rede, die bereits zum Lande habilitirt sind, wenn sie zum Besitze einer landtäflichen Realität gelangen. Diese sind entweder dem Landrechte schon bekannt, oder es kömmt nur darauf an, daß sie sich mit dem Incolate im Herren- oder Ritterstande, mit dem Attestate eines Magistrates der zur Landtafel privilegirten Städte, wenn sie eingeborne, oder mit einer besondern Concession, wenn sie nur aufgenommene Bürger sind, bey den Landrechten ausweisen. Die Amtswirksamkeit der politischen Behörden bezieht sich daher nur auf diejenigen Individuen, die sich weder auf die eine noch auf die andere Art über die Habilitirung zum Lande ausweisen können [1]). Wider jene unfähigen Besitzer landtäflicher Güter, die sich binnen einem Jahre und sechs Wochen weder zum Lande habilitirt, noch diese Güter aus freyer Hand an einen fähigen Besitzer veräußert haben, ist der Fiscus gehalten, bey den Landrechten einzuschreiten und um die Feilbiethung dieser Güter auf ihre Gefahr und Unkosten anzusuchen, das k. Landrecht hat aber die angesuchte Feilbiethung der Ordnung nach, d. i. nach vorläufig vorgenommener gerichtlicher Schätzung, wenn diese nicht schon vorhanden ist, und mit Verständigung des Güterbesitzers sowohl, als auch der auf dem Gute haftenden Gläubiger, mit dem Beysatze zu bewilligen, daß, wenn das Gut um den Schätzungswerth bey der ersten und zweyten Feilbiethung an einen landtäflichen Käufer nicht gebracht werden sollte, dasselbe bey der dritten an einen solchen auch unter dem Schätzungswerthe veräußert werden würde [2]). Die zum Ausweise der Landtafelfähigkeit vorgeschriebene Frist von einem Jahre, sechs Wochen und drey Tagen für die Naturalbesitzer einer landtäflichen Realität, muß vom Tage des angetretenen Naturalbesitzes, für jene hingegen, die den Naturalbesitz noch nicht angetreten haben, sondern sich bloß im Civilbesitze befinden,

1) Hofdecret vom 5. July 1811; J. G. S. Nr. 950.

2) Hofdecret vom 9. April 1813; J. G. S. Nr. 1036.

vom Tage der bewilligten Pränotation ihres Kaufcontractes oder sonstigen Erwerbungsurkunde berechnet werden. Damit aber die Landesstelle bey vorkommenden ähnlichen Fällen den Tag, von welchem die Habilitirungsfrist zu laufen hat, bestimmen, und hievon das Fiscalamt zu seinem Benehmen verständigen könne, wurde den Kreisämtern aufgetragen, alle bey landtäflichen Realitäten sich ergebende Besitzveränderungen mit der ausdrücklichen Bemerkung, ob und an welchem Tage der neue Erwerber der landtäflichen Realität den Naturalbesitz derselben bereits angetreten habe, der Landesstelle anzuzeigen, gleichwie dieß von dem Tage der bewilligten Pränotation durch das k. Landrecht in die Kenntniß gesetzt wird [1]). In Bezug auf Mähren und Schlesien ist besonders angeordnet worden, daß Niemand ein landtäfliches Gut eher anzutreten und als Eigenthümer damit zu disponiren befugt seyn solle, wenn er sich nicht zuvor bey dem Kreisamte über die Erwerbungsart desselben ausgewiesen hat. Jeder Verkäufer eines landtäflichen Gutes ist daher verbunden, längstens binnen vierzehn Tagen das Kreisamt von dem abgeschlossenen Verkaufe in die Kenntniß zu setzen. — Sowohl der Verkäufer als auch der neue Erwerber eines landtäflichen Gutes sind mit 10 Procent des Kaufschillings oder des landtäflichen Werthes der Realität zu Handen des Ortsarmen-Institutes, wovon jedoch in Denunciations-Fällen die Hälfte dem Denuncianten zukommen muß, zu bestrafen, wenn der Eine die vorgeschriebene Anzeige, und der Andere den Ausweis bey dem Kreisamte zur gehörigen Zeit einzubringen unterlassen sollte. Und da keine Besitzveränderung auf dem Gute, ohne Wissen desjenigen Beamten, unter dessen Leitung solches steht, geschehen kann, so ist auch dieser verpflichtet, die vor sich gegangene Besitzveränderung dem Kreisamte längstens binnen vierzehn Tagen einzuberichten; im Unterlassungsfalle aber ist er unnachsichtlich des Dienstes zu entlassen. Die Kreisämter sind dafür verantwortlich, jeden

1) Siehe Verordnung des böhmischen Gubernii vom 20. Februar 1811 Gesetzsammlung S. S. 21. B., S. 223.

neuen Besitzer dem Landrechte bekannt zu machen, und haben zugleich auch darauf zu sehen, damit er sich über die Habilitirung zum Lande entweder sogleich, oder längstens binnen einem Jahre, sechs Wochen und drey Tagen gehörig ausweise. Nach Verlauf dieses gesetzlichen Termins hat das Kreisamt einen solchen unhabilitirten Besitzer der Landesstelle anzuzeigen, damit der Fiscus gegen ihn aufgefordert, und nach der Landesverfassung gegen denselben verfahren werde. — Uebrigens gilt hier das nähmliche, was in Ansehung Böhmens von der Amtswirksamkeit der politischen Behörden, im Gegensatze zu der des Landrechtes, gesagt worden ist. — Da jene landtäflichen Besitzungen, welche in den Fürstenthümern Troppau, Teschen und Neisse sich von jeher in den Händen unadeliger Personen befunden haben, nach der Bemerkung des schlesischen öffentlichen Convents keinen selbstständigen ständischen Körper ausmachen, so haben Se. Majestät dießfalls einer Ausnahme dergestalt Statt gegeben, daß zu dem Besitze solcher minderbedeutenden landtäflichen Realitäten noch ferner Unadelige zugelassen, somit dieselben als Freysassen betrachtet und behandelt werden [1]). In so fern sich in dem k. k. Antheile Schlesiens die Teschener Bürger der Landtafelfähigkeit, die sich aber nur auf das Fürstenthum Teschen beschränket, erfreuen, soll hierinfalls auf die ursprüngliche Beobachtung zurückgegangen und darüber festgehalten werden, daß nur jene wirklichen Hausbesitzer in der Stadt Teschen, die alle Lasten fortan mittragen, in Hinkunft landtägliche Realitäten in dem Fürstenthume erwerben und besitzen können. Für das Vergangene wurde jedoch gestattet, daß diejenigen, welche landtägliche Realitäten an sich gebracht, ihr Bürgerhaus in Teschen aber verkauft haben, bloß auf ihre Lebenszeit in dem Besitze derselben bleiben dürfen [2]). In wie weit die Gattinn eines landtäflichen Besitzers die Landtafelfähigkeit genieße, wurde bereits gelegenheitlich bey dem §. 92 erwähnt. In Gallizien wurden durch Hofkanzleydecret vom

1) Hofdecret vom 27. Jänner 1813; J. G. S. Nr. 1027.

1) Hofdecret vom 3. July 1813; J. G. S. Nr. 1062.

8. December 1814 [1]) die unhabilitirten Besitzer landtäflicher Güter, wenn sie nicht Unterthanen eines Dominiums waren, für sich auf die Zeit ihres Lebens im Besitze gelassen, ohne die nachträgliche Habilitirung zu fordern. Da jedoch ihnen allein diese Nachsicht in Rücksicht des unter dem Schutze der Gerichtsbehörden erworbenen Eigenthums zu Theil geworden ist, so wurde zugleich erklärt, daß es Sache der Erben sey, wenn sie den Besitz der landtäflichen Güter beybehalten wollen, sich auf die eine oder andere Art zum Lande zu habilitiren. Ueberhaupt wurden hier in Betreff der bereits im Besitze solcher landtäflichen Güter sich befindlichen Individuen die nähmlichen Grundsätze aufgestellt, wie in Böhmen. Nur wurde bey dem Umstande, da vermöge der Executions-Ordnung sowohl, als nach der Concurs-Ordnung, Fälle möglich sind, wo den zum Besitze landtäflicher Güter unhabilitirten Gläubigern landtäfliche Güter als Zahlungsstatt eingeantwortet werden müssen, auch die zum Besitze landtäflicher Güter unhabilitirten Personen von den gerichtlichen Feilbiethungen landtäflicher Güter nach den bestimmten Gesetzen nicht ausgeschlossen sind, und da endlich sich auch der Fall ergeben kann, daß ein landtäfliches Gut durch die Erbfolge einem zum Besitze landtäflicher Güter unhabilitirten Erben nach dem Gesetze zu Theil wird, für dergleichen Fälle angeordnet, daß sich die Parteyen längstens binnen einem Jahre, sechs Wochen und drey Tagen über die Habilitirung zum Lande ausweisen, oder in so fern sie sich binnen eben dieser Frist darüber nicht auszuweisen vermögen, sie dergleichen landtäfliche Güter während derselben an habilitirte Personen veräußern können. Auch soll die zur Veräußerung solcher landtäflicher Güter ausgestreckte Frist ihren Anfang erst vom Tage des richterlichen Auftrages der Annelegenheit oder des Geschäftes nehmen. In Betreff der Vorsichten, dem heimlichen Besitze landtäflicher Güter möglichst vorzubeugen, und rücksichtlich der Amtswirksamkeit der politischen Behörden, gelten hier gleichfalls die nähmlichen Vorschriften wie in Böhmen. Uebri-

1) J. G. S. Nr. 1112.

gens haben Se. Majestät zu beschließen geruht, daß in Gallizien und in der Bukowina die Descendenten der gegenwärtigen unhabilitirten Eigenthümer landtäflicher Güter nicht ferner verhalten werden dürfen, die Güter nach dem Tode der jetzigen Besitzer zu veräußern [1]). Auch ist in allen Provinzen des österreichischen Kaiserstaates jenen christlichen Käufern von Staats- und Fondsgütern, welche solche Güter vom Staate unmittelbar erstehen, und zum Besitze landtäflicher Güter der Regel nach nicht fähig sind, die Dispens von der Landtafelfähigkeit ertheilt und zugleich gestattet, daß solche nicht bloß auf die Person des Käufers, sondern auch auf dessen Leibeserben in gerader absteigender Linie ausgedehnt werde [2]).

d) Fremde, welche Bauerngüter und einzelne Grundstücke an sich bringen wollen, sind zum Eigenthume und rechtlichen Besitze derselben so lange unfähig, bis sie die Eigenschaft eines Inländers und Unterthans erworben, und in dem Oesterreichischen ihre Wohnsitze genommen haben [3]). Eine Ausnahme hievon tritt bey den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten ein, da, vermöge der Bundesacte ddo. Wien den 8. Juny 1815 die verbündeten Fürsten und freyen Städte Deutschlands übereingekommen sind, den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten das Recht zuzusichern, Grundeigenthum außerhalb des Staates, den sie bewohnen, zu erwerben und zu besitzen, ohne deßhalb in dem fremden Staate mehreren Abgaben und Lasten unterworfen zu seyn, als dessen eigene Unterthanen; daher der Unterthan eines andern deutschen Bundesstaates in denjenigen Theilen der österreichischen Monarchie, welche, vermöge des höchsten Patentes vom 2. März 1820, zum deutschen Bunde gehören, unbeanständet ein Rusticalgut besitzen kann [4]). Für Böhmen, Mähren und Schlesien, dann Gallizien bestehen auch mehrere Verordnungen, welche den herrschaftlichen Unterthanen die Ansichbringung bürgerlicher Realitäten verbiethen. Die böh-

1) Hofkanzleydecret vom 3. August 1818; J. G. S. Nr. 1483.

2) Hofdecret vom 18. April 1818; J. G. S. Nr. 1439.

3) Hofdecret vom 28. Febr. 1788; J. G. S. Nr. 790.

4) Hofkanzleydecret vom 14. April 1825; P. G. S. 53. B., S. 79.

mischen Stadtrechte bezeichnen die Habilitirung zur bürgerlichen Ansässigkeit damit, daß man das Bürgerrecht erwerben, und die Bürgerpflicht annehmen müsse. Se. Majestät haben daher erklärt: durch die Erwerbung des Bürgerrechtes allein, oder durch den Besitz einer Realität ist daher dem Gesetze nach nicht Genüge geleistet; man muß zugleich die Bürgerpflichten erfüllen, mit den Stadtgenossen leben, weben und leiden. Hieraus folgt, daß Unterthanen, die sich vom Bande der Unterthänigkeit nicht losgemacht haben, die daher unter der Patrimonialgerichtsbarkeit stehen, unter den Bürgern nicht leben, mit ihnen die gemeinschaftlichen Lasten nicht theilen, kurz die Bürgerpflicht nicht zu erfüllen vermögen, zu Folge der Landesverfassung der bürgerlichen Ansässigkeit unfähig sind, folglich nur unbefugtermaßen derselben theilhaftig werden konnten. — In Erwägung aber, daß hiebey die vorzüglichste Schuld den Magistraten zur Last falle, geruhten Se. Majestät zu bewilligen, daß aus besonderer Begünstigung diejenigen Unterthanen, die vor der Bekanntmachung des Hofdecretes vom 4. May 1805 einige bürgerlich-städtische Gründe an sich gebracht haben, ohne Unterschied, ob sie das Bürgerrecht erworben haben oder ein bürgerliches Haus besitzen, oder ein Gewerbe in der Stadt treiben oder nicht, in dem ruhigen Besitze derselben, jedoch bloß auf ihre Lebenszeit gelassen werden können, nach ihrem Ableben aber an einen stadtfähigen Mann gelangen müssen. Um ferner zu verhindern, daß sich die Unterthanen in dem Besitze bürgerlicher Grundstücke allenfalls auch unter einem fremden Nahmen nicht erhalten, verordnete Se. Majestät, mit Bezug auf das Hofdecret vom 6. November 1806 [1], daß,

1) Dasselbe verfügt: Daß a) in Zukunft keinem Unterthanen das Bürgerrecht, wer der in freyen, noch in Schutz- und unterthänigen Städten, zu ertheilen sey, welcher nicht zugleich hausässig wird, oder aber die Erfordernisse besitzt, um ein bürgerliches Gewerbe betreiben zu können, solches in der Stadt wirklich treiben will, und daselbst seinen Wohnsitz wählet; daß b) auch kein Unterthan zu dem Ankaufe städtisch-bürgerlicher Grundstücke zugelassen werden solle, welcher das Bürgerrecht nicht unter den gleicherwähnten Bedingungen erworben hat; daß c), wenn die Stadt, in welcher ein Unterthan das Bürgerrecht ansucht, eine freye Stadt ist, der Bürgerrechtswerber, nebst Erfüllung aller in den vorhergehenden Absätzen vorgeschriebenen Bedingungen,

wofern die Unterthanen sich beykommen lassen sollten, unter dem Nahmen eines besitzfähigen Bürgers bürgerliche Realitäten an sich zu bringen, oder sich in dem vor Erlassung des erwähnten Hofdecretes erworbenen Besitze derselben zu erhalten, diese Unterthanen sowohl, als auch die Bürger, die zu einer solchen gesetzwidrigen Handlung ihre Nahmen leihen, jeder insbesondere mit dem zehnten Theile des Kaufschillings zu Handen des Armeninstitutes des Ortes, wovon die Hälfte dem Denuncianten zukommen muß, angesehen, und die ersteren außerdem des Rechtes, dergleichen Gründe selbst zu veräußern, verlustig, solche ohne weiters gerichtlich versteigert, und dieselben lediglich mit dem Kaufschillinge abgefertigt werden sollen [1]). — Eine ähnliche Anordnung enthält das Hofdecret vom 27. Jänner 1813 für Mähren und Schlesien, dann das Hofkanzleydecret vom 8. December 1814 für Gallizien. Insbesondere aber das an das mährisch-schlesische Appellationsgericht erlassene Hofdecret vom 23. August 1819 (J. G. S. Nr. 1598), daß Gutsunterthanen, so lange sie für ihre Person der Gerichtsbarkeit einer Grundobrigkeit unterstehen, und nicht mit Bewilligung ihrer Grundobrigkeit das städtische Bürgerrecht erwerben, in keiner Stadt, sie sey königlich, oder eine Schutz- und unterthänige Stadt, eine bürgerlich-städtische Realität, ohne Unterschied, ob sie ein Haus oder ein anderes Gebäude, oder ein Feldgrundstück, und zwar ein zum Hause gestiftetes, oder ein freyes, trennbares Grundstück sey, und ob dieselbe inner- oder außerhalb der Ringmauern oder des städtischen Burgfriedens liegt, cültig besitzen könne. Jedoch sey der Bauernstand von dem Besitze solcher Realitäten nicht ausgeschlossen, welche Städten gehören, die aber nicht in den Stadtbüchern inne-

---

noch insbesondere die gänzliche Entlassung aus der Unterthänigkeit erwirkt haben müsse. — Für jene Käufer aber, welche dergleichen städtisch-bürgerliche Grundstücke schon vorhin an sich gebracht haben, wird eine peremtorische Frist von einem Jahre und sechs Wochen, vom Tage der Kundmachung dieser Verordnung an, bestimmt, binnen welcher dieselben ihre dießfälligen Contracte, nach erworbener Besitzfähigkeit, unter sonstiger Ungültigkeit derselben, zur bücherlichen Einverleibung zu bringen haben.

1) Siehe Hofdecret vom 5. July 1814; J. G. S. Nr. 950.

liegen, sondern über welche eigene unterthänige Grundbücher geführt werden.

e. Eine weitere Beschränkung in Bezug auf die Erwerbung von Eigenthum tritt bey geistlichen Gemeinden und Personen ein. — Diese sind unfähig, unbewegliche Güter an sich zu bringen. Auch ist das Quantum des von den in die Klöster eintretenden Personen mitzubringenden Vermögens der Regel nach auf 1500 fl. beschränkt. Ferner wurde angeordnet, daß, wenn Jemand seinem Kinde oder Verwandten beyderley Geschlechtes in einem Kloster oder auf die Lebenszeit als ein Vitalitium zu seiner Disposition etwas zugedenken wollte, dessen Betrag des Jahres höchstens zweyhundert Gulden ausmachen dürfe [1]). Da übrigens die Erfahrung gelehrt hat, daß einige Stifter und Klöster beyderley Geschlechtes zu offenbarer Vereitlung der ergangenen höchsten Amortisationsgesetze sich bewegen ließen, mit weltlichen Personen solche Contracte und Einverständnisse zu errichten, daß diese dem Stifte oder Kloster ihr Vermögen in Realitäten oder Capitalien noch bey ihren Lebzeiten gegen die Verbindlichkeit eigenthümlich abgetreten, daß das Stift oder Kloster eine solche weltliche Person für die Zeit ihres Lebens mit Kost, Trank, Kleidung und allen anderen Nothwendigkeiten zu versehen, nach dem Tode aber sie zu beerdigen und einige heilige Messen zum Troste ihrer Seele lesen zu lassen, schuldig und gehalten seyn solle, so haben Se. Majestät befohlen, daß alle derley Contracte null und nichtig seyn sollen [2]). Die Ausnahmen von diesen Amortisationsgesetzen kommen bey Erläuterung des §. 539 zur Sprache.

§. 356.

Wer also behauptet, daß der Person, die etwas erwerben will, in Rücksicht ihrer persönlichen Fähigkeit, oder in Rücksicht auf die Sache, die erworben werden soll, ein gesetzliches Hinderniß entgegen stehe, dem liegt der Beweis ob.

1) Patent vom 26. August 1771; Theres. G. S. 6. B., S. 363.
2) Patent vom 26. August 1773; ebenda 8. B., S. 385.

Ausnahmen von Gesetzen müssen erwiesen werden. Da nun der vorige §. die Regel aufgestellt hat, daß alle Sachen Gegenstände des Eigenthumsrechtes sind, und Jedermann befugt sey, Eigenthum zu erwerben, so muß derjenige, der in Bezug auf eine Person oder auf eine Sache eine Ausnahme von dieser Regel behauptet, selbe erweisen. In so fern sich die Ausnahme auf ein allgemein kundgemachtes Gesetz gründet, muß zwar der Richter, im Falle eines Rechtsstreites, Amteswegen auf dieses Gesetz Rücksicht nehmen, wenn es auch von den Parteyen nicht angeführt worden wäre, und in so weit sind diese Einschränkungen bey Erwerbung des Eigenthums kein eigentlicher Gegenstand, der von der Gegenpartey erst erwiesen werden müßte; wohl aber ist die factische Eigenschaft der Person oder Sache, zufolge welcher sie unter jene Classe gehört, daß diese beschränkenden Anordnungen auf selbe eine Anwendung haben, von jenem, der sich darauf beruft, darzuthun. Wer z. B. einem Juden sein Haus verkauft hat, darf, um die Ungültigkeits-Erklärung des Kaufcontractes zu erwirken, nicht erst erweisen, daß in den österreichischen Staaten den Juden nicht gestattet ist, von einem Christen ein Haus zu kaufen; wohl aber muß er darthun, daß der Käufer wirklich ein Jude sey.

§. 357.

Eintheilung des Eigenthums in vollständiges und unvollständiges.

Wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Rechte auf die Nutzungen in einer und derselben Person vereint ist, so ist das Eigenthumsrecht vollständig und ungetheilt. Kömmt aber Einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache; dem Andern dagegen, nebst einem Rechte auf die Substanz, das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigenthumsrecht getheilt und für beyde unvollständig. Jener wird Obereigenthümer; dieser Nutzungseigenthümer genannt.

1) Das Eigenthum ist ein Recht an der Substanz einer Sache. Die Substanz ist dasjenige, was beharrlich an der Sache gedacht wird, so daß, wenn man dasselbe von der Sache hinwegnehmen wollte, sie wenigstens als das, was sie seyn soll, zu existiren aufhören würde. Hievon unterscheiden sich die Nutzungen, unter welchen man die Vortheile versteht, die aus der Sache gezogen werden, ohne daß dabey die Substanz angegriffen wird. Wer also ein bloß ausschließendes Recht auf diese Vortheile, dabey aber keinen Antheil an der Substanz der Sache selbst hat, ist nicht Eigenthümer der Sache, sondern der ist Eigenthümer, welchem das Recht an der Substanz, oder die Proprietät im eigentlichen Sinne des Wortes zusteht.

2) Der Regel nach hat derjenige, welcher ein ausschließendes Recht an der Substanz einer Sache hat, auch ein solches ausschließendes Recht an dem Gebrauche der Sache, oder an den Vortheilen, die sich hieraus ziehen lassen. Allein dessenungeachtet ist das Recht, diese Vortheile aus der Sache zu genießen, nur eine Folge des Eigenthums, und zu seiner Wesenheit nicht gehörig. — Daher ist auch in dem Falle, wenn Jemanden ein ausschließendes Recht auf die Substanz, einem Andern aber auf die Nutzungen derselben zusteht, an den letzteren kein Theil des Eigenthumsrechtes selbst, das nur in dem ausschließenden Rechte auf die Substanz der Sache besteht, übertragen, — es hat also aus diesem Grunde auch nicht aufgehört, ein vollständiges Eigenthum zu seyn. Nur wenn demjenigen, welchem die Nutzungen gebühren, nebst dem Rechte auf dieselben, auch ein Recht auf die Substanz eingeräumt ist, so ist das Eigenthum zwischen Beyden getheilt, und sohin hat Jeder aus diesen Beyden nur ein unvollständiges Eigenthum. Derjenige, dem in diesem Falle lediglich ein Recht auf die Substanz zusteht, heißt Obereigenthümer, — derjenige aber, dem nebst dem Rechte auf die Substanz, das Recht auf die Nutzungen derselben zukömmt, wird Nutzungseigenthümer genannt.

§. 358.

Alle anderen Arten der Beschränkungen durch das Gesetz oder durch den Willen des Eigenthümers, heben die Vollständigkeit des Eigenthums nicht auf.

1) Das Eigenthumsrecht besteht, wie §. 354 gesagt worden ist, in dem Befugnisse, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden Andern davon auszuschließen. Dieser aufgestellte Begriff des Eigenthumsrechtes darf aber nicht dahin ausgelegt werden, als ob diesem oben angegebenen Befugnisse durch die Gesetze oder durch die Willkühr des Eigenthümers keine Schranken gesetzt werden könnten, und daß wenn solche Beschränkungen wirklich beygefügt werden, dieses Recht aufhöre, ein Eigenthumsrecht zu seyn; sondern es darf demselben kein anderer Sinn unterlegt werden, als daß in dem Eigenthumsrechte selbst eine Beschränkung des oben angegebenen Befugnisses nicht begründet sey. — Es läßt sich daher mit jenem Begriffe allerdings vereinigen, daß das Recht des Eigenthümers durch Gesetze oder Willkühr des Eigenthümers selbst beschränkt werden könne. — Das Eigenthumsrecht charakterisirt sich eben dadurch, daß es nach hinweggefallenen Beschränkungen in seinem vollen Umfange wieder wirksam wird.

2) Dem Eigenthumsrechte werden daher in dem Umfange, welcher demselben im Allgemeinen durch das Gesetz selbst eingeräumt ist, theils durch andere Gesetze, theils durch den Willen des Eigenthümers selbst, öfters Schranken gesetzt. — Da schon eine allgemeine Beschränkung jedes Rechtes in den Rechten anderer Personen liegt, indem die Rechtssphäre eines Menschen durch die des Andern begränzt wird, so hat auch das Eigenthumsrecht diese Beschränkung mit allen anderen Rechten gemein. Andere Beschränkungen des Eigenthumsrechtes kommen theils in den bürgerlichen Gesetzen, theils aber in politischen Anordnungen vor. Beyspiele der ersteren enthalten die §§. 340 — 342 und 417 des Gesetzbuches selbst; von den letzteren wird bey Erläute-

rung des §. 364 eine nähere Erwähnung geschehen. — Andere Beschränkungen werden durch den Willen des Eigenthümers selbst festgesetzt, die ganz natürlich auch an den Nachfolger übergehen.

§. 359.

Die Absonderung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen entsteht theils durch Verfügung des Eigenthümers, theils durch gesetzliche Verordnung. Nach Verschiedenheit der zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer obwaltenden Verhältnisse werden die Güter, worin das Eigenthum getheilt ist, Lehen-, Erbpacht- und Erbzinsgüter genannt. Von dem Lehen wird in dem besonders bestehenden Lehenrechte, von den Erbpacht- und Erbzinsgütern aber in dem Hauptstücke von Bestandverträgen gehandelt.

1) Ursprünglich ist das Eigenthum, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, immer ein vollständiges; nur in der Folge geschieht eine Absonderung des Nutzungseigenthums von dem Obereigenthume. — Dergleichen Absonderungen gründen sich entweder auf den Willen des Eigenthümers, der bisher das vollständige Eigenthumsrecht über die Sache ausübte, und zwar auf Vertrag oder letzte Willenserklärung, theils auf die unmittelbare Anordnung des Gesetzes selbst, was z. B. bey der Eintretung der Verjährung der Fall ist.

2) Die Verhältnisse zwischen dem Ober- und Nutzungseigenthümer können verschieden seyn, und nach diesen verschiedenen Verhältnissen erhalten solche Güter, bey welchen das Eigenthum getheilt ist, verschiedene Benennungen. Das Gesetz kennet dreyerley Arten solcher Güter, nähmlich Lehen-, Erbpacht- und Erbzinsgüter.

3) Lehen wird ein Gut genannt, bey welchem Jemanden das Nutzungseigenthum einer Sache für zu leistende Dienste mit

der Bedingung einer wechselseitigen Treue überlassen ist. Diese Lehen haben ihren Ursprung in den germanischen Volksstämmen. Das lockere Band der Unterthänigkeit, welches dazumahl noch die Völker an ihre Könige knüpfte, setzte die letzteren in die Nothwendigkeit, auf Mittel zu denken, sich der Treue derjenigen zu versichern, die ihre Ergebenheit durch Proben an den Tag gelegt hatten. Sie pflegten daher denselben zum Theile die Nutzgenießung der ihnen bey der Theilung der eroberten Länder zugefallenen Antheile zu überlassen. Die auf diese Art und Weise begünstigten hießen Vasallen. Damit sich die Könige der Anhänglichkeit derselben noch mehr versicherten, verbanden sie auch mit dem Vasallenstande eine besondere Auszeichnung, nahmen bey neuen Eroberungen auf diese eine vorzügliche Rücksicht, und forderten von ihnen einen besondern, sehr feyerlichen Pflichteid ab, welcher die Benennung „Lehenpflicht" erhielt. Dieses Verhältniß blieb Anfangs unbestimmt, und beschränkte sich auf einen Haufen treuer, den Königen und Heerführern ergebener Menschen. Späterhin erhielt es eine bestimmtere formelle Ausbildung. Die Kriegsdienstpflichtigkeit der ganzen Nation beschränkte sich in den älteren Zeiten nur streng auf die Landesvertheidigung; daher entstand ein doppelter Kriegsfuß, der ruhende (Herrbann), der sich nur zum Zwecke der Landesvertheidigung organisirte, und der bewegliche, welcher das Gefolge des Königs ausmachte und ihn in seinen Unternehmungen unterstützte. Die letztere Miliz erhielt einen Sold, und zwar, wegen des dort noch bestehenden Geldmangels, in dem Nießbrauch liegender Güter. — Diese auf Realitäten gestifteten Kriegspfründen hießen dann Beneficien, welche als der wahre Ursprung des Leheninstitutes anzusehen sind. — Bis auf Carl den Großen war dieses bloß eine Privat-Anstalt; derselbe fing aber an, dasselbe in die Staatsverfassung zu verweben, und, seinem Beyspiele folgend, wurde auch in andern Reichen der Besoldungsstand der Civil- und Militär-Autoritäten auf diese Art und Weise gestiftet. Dieses ganze Leheninstitut kam später in Verfall, und wir erkennen in den heutigen Lehen ihren ursprünglichen Zweck nicht mehr, obschon die Verpflichtungen, welchen die Vasallen vermöge den Lehengesetzen un-

terworfen waren, durch kein Gesetz aufgehoben wurden, daher auch noch als fortbestehend angesehen werden müssen, wenn auch der gegenwärtige Kriegsfuß die Grundbestimmung des Lehenverhältnisses überflüßig macht. Es sind daher auch noch gegenwärtig die Grundbestimmungen des aus diesem Verhältnisse hervorgegangenen Rechtes, das unter der Benennung „Lehenrecht" ganz ein selbstständiges Recht bildet, noch immer in Wirksamkeit. — Es kann daher auch hier nicht der Ort seyn, diese Bestimmungen abzuhandeln, darum beruft sich auch das Gesetzbuch lediglich auf das besonders bestehende Lehenrecht, dessen Quellen die über Lehen besonders errichteten Instrumente, als Lehenbriefe, Reverse u. s. w., dann die Privilegien oder lehenherrlichen Begünstigungen, die Observanz einzelner Lehenhöfe und die besondern in Bezug auf Lehen erlassenen Gesetze sind. Die Grundlage des ganzen Lehenrechtes aber bildet das gemeine oder longobardische Lehenrecht. Von den Lehen gibt es wieder verschiedene Unterabtheilungen; sie werden nähmlich eingetheilt a) in eigentliche und uneigentliche. Erstere sind diejenigen Lehen, welche die ursprüngliche Bestimmung, nähmlich die Leistung der Kriegsdienste, und die sowohl in dieser Absicht, als auch, um das Lehenverhältniß aufrecht zu erhalten, eingeführten Eigenschaften haben. Alle übrigen gehören unter die letzteren. — b) In gegebene, aufgetragene und gemischte Lehen. Gegeben heißt ein Lehen, wenn Jemand dasselbe aus seinem vollkommenen Eigenthume bestellt hat; war aber das Lehenobject vorher ein Eigenthum des Vasallen, und ist dieses von demselben in der Absicht, damit belehnt zu werden, an den Lehenherrn übergeben worden, dann heißt es ein aufgetragenes, — und ein gemischtes, wenn es zum Theile gegeben, zum Theile aufgetragen worden ist. — c) In Gnaden-, Kauf-, gekaufte und Straflehen. Wurde das Lehenobject dem Vasallen unentgeldlich verliehen, dann heißt es Gnadenlehen; wurde von dem Lehenherrn ein Entgeld bedungen, Kauflehen. Dieses darf mit gekauften Lehen nicht verwechselt werden, unter welchen man dasjenige Lehenobject versteht, welches nicht von dem Lehenherrn unmittelbar, sondern mit lehenherrlichem Consens von einem Dritten käuflich an sich gebracht worden

ist. Hat eine Strafe zur Construirung eines Lehens Anlaß gegeben, dann heißt es ein Straflehen. — d) *In alte, neue und unförmliche Lehen.* So lange der erste Erwerber im Besitze des Lehens ist, heißt es ein neues; befindet es sich aber schon, vermöge des Rechtes der Lehenfolge, bey einem Andern, so wird es ein altes Lehen genannt. Unförmlich aber ist dasjenige Lehen, welches durch Ersitzung oder Verjährung errichtet worden ist. — e) *In landesfürstliche und Privatlehen*, je nachdem nähmlich der Landesfürst oder ein Privatmann die lehenherrliche Gerechtsame ausübet. — f) *In Manns- und Weiberlehen.* Unter ersteren versteht man jene Lehen, bey welchen der Vasall ein Mann seyn muß, und die Weiber und ihre Abkömmlinge von dem Besitze ausgeschlossen sind; unter letzteren aber, wenn auch die Weiber unmittelbar, oder derselben Abkömmlinge (Unterstamm) im Lehen folgen dürfen. Von diesen Weiberlehen gibt es wieder verschiedene Abarten. Sind die Weiber schon durch den ursprünglichen Lehenvertrag zur Lehennachfolge berechtigt, so heißen sie *ursprüngliche Weiberlehen*, und zwar *Kunkellehen*, wenn die erste Erwerberinn ein Weib gewesen ist; im zweyten Falle aber *Weiberlehen vermöge Vertrags oder Privilegiums.* Wird bey der dießfälligen Lehensuccession bloß auf die Nähe des Grades, ohne Unterschied des Geschlechts gesehen, so heißen sie *geschlechtsvermischte*, oder *durchgehends Weiberlehen*; wenn hingegen die Weiber bloß aushülfsweise für den Fall, daß keine Männer vorhanden sind, im Lehen succediren, so heißen sie *subsidiarische Weiberlehen.* Ist aber nicht das Weib, sondern lediglich ihre männliche Nachkommenschaft zur Lehenfolge berufen, so nennt man ein solches Lehen ein *Weiberlehen in der Uebertragung.* — g) Ferner gibt es *Ritter-, Rechts- und Beutellehen.* Die ersteren sind jene, wo der Besitzer adelig seyn muß, und Rechtslehen diejenigen, welche auch ein Unadeliger besitzen kann. — Beutellehen nennt man diejenigen Lehen, wo statt der Lehendienste ein Geldbetrag, entweder jährlich, oder bey jeder Veränderung in der Person des Lehenmannes oder des Lehenherrn entrichtet wird. Diese Lehen weichen sehr von der Natur eines Lehens ab, und nähern sich mehr den Erbpacht- und

Erbzinsgütern. — Sie werden daher auch in Oesterreich, vermöge Hofverordnung vom 24. September 1789, als gewöhnliche Bauerngüter behandelt. h) Die Lehen sind in objectiver Hinsicht Staats-, Hoheits-, Kirchen-, Amts-, Güter- oder Geldlehen. Wenn das Obereigenthum über ein Lehen dem Staate gehört, heißt es Staatslehen; ist das Object eines Lehens ein Regal- oder Hoheitsrecht, so heißt es ein Regalien- oder Hoheitslehen; ist das Object aber ein einer geistlichen Gemeinde oder Kirche zugehöriges Gut, so heißt das Lehen ein geistliches Lehen, Kirchenlehen, auch Krummstablehen; ist ein bestimmtes Amt der unmittelbare Gegenstand der Belehnung, so nennt man das Lehen ein Amts- oder Saßlehen; wird aber eine Sache, mit der Verbindlichkeit, ein öffentliches Amt zu versehen, verliehen, so heißt das Lehen ein Ambachtslehen; Güterlehen heißen diejenigen Lehen, wodurch dem Vasallen, statt eines bestimmten unbeweglichen Gutes, eine Gülte oder ein Recht zum Genusse zu Lehen verliehen wird; besteht aber das Lehen in einem sicher gestellten Capitale, dessen Benutzung dem Lehenmanne unter der Lehenverbindlichkeit zukömmt, so heißt es ein Geldlehen. i) Die Lehen können auch seyn: Pfand-, wiedergebliche und Afterlehen. Wenn nähmlich dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung auf einer ihm in dieser Absicht überlassenen Sache das Pfandrecht zu Lehen verliehen wird, so entsteht ein Pfandlehen. Der Gegenstand dieses Lehens ist lediglich das dem Gläubiger constituirte Pfandrecht, die Pfandsache selbst behält die Allodial-Eigenschaft, wodurch sich eben dasselbe von einem verpfändeten Lehen unterscheidet, in welch letzterem Falle die Pfandsache selbst lehenbar ist. Ein wiedergebliches Lehen ist ein Lehen, welches entweder nach einer gewissen Zeit, oder nach der Willkühr des Lehenherrn zurückgegeben werden muß. Ein Afterlehen entsteht, wenn das bereits getheilte Eigenthum wieder zu Lehen gegeben wird. k) Eine weitere Eintheilung besteht in Stamm-, Erb- und veräußerlichen Lehen. Das Lehen heißt ein Stammlehen, wenn die Successionsfähigkeit und die wirkliche Lehenfolge ihre durch die gemeine Natur der Lehen begründete lehennatürliche Singu-

larität beybehalten hat; weichen diese aber davon ab, und eignen sie sich nach der Art der bürgerlichen Intestaterbfolge, so entsteht ein Erblehen, welches entweder ein völliges Erblehen ist, wenn bey ihm die bürgerliche Intestaterbfolge im ganzen Umfange eintritt, oder ein gemischtes, wenn die Succession nur etwas von der natürlichen Lehenfolge abweicht und sich der bürgerlichen Intestaterbfolge nähert. Die veräußerlichen Lehen behalten die Succession nach der Lehenfolge, und bey ihnen besteht das Charakteristische bloß darin, daß sie veräußert werden können. Endlich 1) gab es ledige und nicht ledige, dann Burg-, Oeffnungs-, Keminat- und Festungslehen. Diese Eintheilung ist heutigen Tages von keiner practischen Wichtigkeit.

4) So wie das getheilte Eigenthum ein ursprünglich ungetheiltes Eigenthum voraussetzt, so kann es auch in der Folge geschehen, daß dasselbe sich wieder in ein ungetheiltes Eigenthum umwandelt. Dieses geschieht nähmlich dadurch, daß sich das Ober- und Nutzungseigenthum in einer Person vereinigt. Bey Lehen geschieht dieses insbesondere auf zweyfache Weise, nähmlich es kann das Nutzungseigenthum dem Lehenherrn zuwachsen, oder das Obereigenthum an den Vasallen kommen. Im ersteren Falle heißt diese Vereinigung Consolidirung (in der engeren Bedeutung), im letzten Falle aber Appropriation oder Allodialisirung. Diese kann wieder auf dreyerley Weise vor sich gehen; nähmlich: a) durch Verjährung; b) durch die Felonie des Lehenherrn, und c) durch die Nachlassung des Lehenbandes von Seite des Lehenherrn, und dieses ist Allodialisirung im strengen Sinne des Wortes. — In Oesterreich ist, zu Folge Hofkanzleydecretes vom 29. May 1816 [1]), die Allodialisirung der Lehen in der Regel untersagt.

5) Da von den Erbpacht- und Erbzinsgütern ohnehin in dem Hauptstücke von den Bestandverträgen gehandelt wird, weßhalb sich auch der gegenwärtige §. darauf beruft, so werden auch dort die nöthigen Erklärungen und die hierauf Bezug habenden Bemerkungen vorgebracht werden.

---

1) J. G. S. Nr. 1237.

§. 360.

Aus der bloßen Abführung eines fortdauernden Zinses, oder jährlicher Renten von einem Grundstücke, kann man noch nicht auf die Theilung des Eigenthums folgern. In allen Fällen, in welchen die Trennung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen nicht ausdrücklich erhellet, ist jeder redliche Besitzer als vollständiger Eigenthümer anzusehen.

1) Gewöhnlich pflegt der Nutzungseigenthümer dem Obereigenthümer einen jährlichen Zins in recognitionem dominii abzureichen. Man könnte daher versucht werden zu glauben, daß in allen Fällen, wo ein Grundeigenthümer an Jemanden eine solche jährliche Abgabe leistet, dieses zu dem Ende geschehe, um dadurch dessen Obereigenthumsrecht anzuerkennen. Dieser Vermuthung begegnet das Gesetz durch die in diesem §. erlassene Anordnung. Die Abführung eines solchen fortdeuernden Zinses oder jährlichen Rente kann in einem ganz andern Rechtsverhältnisse ihren Grund haben, und steht daher mit der Theilung des Eigenthums in keiner nothwendigen Verbindung. Es wäre daher die aus der Verabreichung eines solchen jährlichen Zinses auf die Theilung des Eigenthums gezogene Folgerung auf alle Fälle zu beweisen, und eine dießfällige Vermuthung wird von dem Gesetze daher hier insbesondere als unstatthaft erklärt.

2) Ueberhaupt ist das Gesetz einer Vermuthung des bestehenden getheilten Eigenthums nicht hold; denn es will, daß, wenn die Trennung des Rechtes auf die Substanz von dem Rechte auf die Nutzungen nicht ausdrücklich erhellet, immer die Vermuthung für das ungetheilte Eigenthum streiten solle. Ja sogar für den redlichen Besitzer, oder vielmehr, da bey jedem Besitzer auch die Redlichkeit so lange vorausgesetzt werden muß, bis nicht das Gegentheil erwiesen ist (§. 328), für jeden Besitzer steht die Vermuthung, daß ihm das Eigenthum der Sache, und zwar vollständig und unbeschränkt, zukomme. — Wenn also

Jemand behauptet, daß ihm an einer Sache, welche ein Anderer im Besitze und Genusse hat, das vollständige oder auch nur ein unvollständiges, nähmlich das Obereigenthum zustehe, so muß er dieses erweisen; ausgenommen, er ist im Stande, seinen Besitzstand auszuweisen, in welchem Falle ganz natürlich der Beweis auf denjenigen gewälzt wird, der behauptet, daß sein Eigenthumsrecht ein vollständiges sey.

§. 361.

Miteigenthum.

Wenn eine noch ungetheilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört, so entsteht ein gemeinschaftliches Eigenthum. In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer für eine einzige Person angesehen; in so weit ihnen aber gewisse, obgleich unabgesonderte Theile angewiesen sind, hat jeder Miteigenthümer das vollständige Eigenthum des ihm gehörigen Theils.

1) Von dem getheilten Eigenthume unterscheidet sich das gemeinschaftliche oder Miteigenthum, vermöge dessen ein Ganzes mehreren Personen in der Art zugehört, daß jede derselben gleiche Rechte, wenigstens in Bezug auf die Substanz der Sache, genießet. — Wenn ich sage, gleiche Rechte, so verstehe ich darunter die Qualität derselben, nicht ihre Quantität, denn in letzterer können die Rechte der Miteigenthümer verschieden seyn. — Aber der Qualität nach müssen ihre Rechte gleich seyn, denn eben dadurch unterscheidet sich das Miteigenthum von dem getheilten Eigenthume, wo gleichfalls Mehreren ein Recht auf die Substanz der Sache zusteht.

2) Auch darf eine Sache mehreren Personen nicht in der Art zukommen, daß jeder derselben ein physischer, materieller Theil der Sache, z. B. daß dem A das erste, dem B das zweyte u. s. w. Stockwerk eines Hauses zugewiesen werde, denn in diesem Falle wird die Sache unter mehrere Personen vertheilt, und es ist daher von einem gemeinschaftlichen Eigenthume keine

Rede. — Auch dürfen die Personen, welche ein solches Eigenthum an sich bringen, mitsammen keine moralische Person ausmachen; denn eine solche moralische Person wird einer physischen ganz gleich geachtet, und es ist daher der Begriff eines gemeinschaftlichen Eigenthumes auf sie nicht anwendbar.

3) In Ansehung des letzteren gebührt jedem einzelnen Theilnehmer lediglich ein idealer Antheil an der Sache und über alle damit verbundenen Rechte. — Das Ganze gehört allen Theilnehmern zusammengenommen; in Bezug auf dasselbe werden sie daher auch als eine einzige Person angesehen, und sie können nur mit gemeinschaftlichem Einverständnisse über dasselbe verfügen. Indessen ist jeder Theilnehmer vollständiger Eigenthümer des ihm gebührenden idealen Theils; er kann damit nach seinem Belieben verfügen, wenn nur dadurch nicht das Ganze als solches afficirt wird, oder in die Rechte der übrigen Theilnehmer auf ihre idealen Antheile ein Eingriff geschieht. Zur Versinnlichung des Gesagten ein Beyspiel. Denken wir uns: es stehe dreyen Personen ein gemeinschaftliches Eigenthumsrecht auf ein Haus zu. Dieses kann so vertheilt seyn, daß jeder derselben ein gleicher Antheil, sohin im vorliegenden Falle ein Drittheil zustehe; oder die Theile können auch ungleich seyn: es kann nähmlich z. B. dem A die Hälfte, dem B ein Drittheil, und dem C ein Sechstheil hievon gebühren. Dieser ideale Theil, der jedem aus diesen Dreyen zukömmt, dehnt sich auf alle einzelnen physischen Theile des Hauses aus, so daß dieselben gleichfalls wieder nach diesem Maßstabe getheilt sind. Wird daher für ein vermiethetes Gewölb des Hauses ein Zins von 600 fl. eingenommen, so bekommt hievon der A 300 fl., der B 200, und der C 100 fl. — Keiner aus diesen Theilnehmern kann daher mit einem physischen Bestandtheile des Hauses, ohne Einstimmung der andern, eine Veränderung vornehmen, wohl aber kann Jeder mit dem Rechte, das ihm auf die Sache zusteht, nach Belieben verfügen; es ist daher auch eigentlich nur dieses aus dem Miteigenthume folgende Recht der unmittelbare Gegenstand des ausschließenden Eigenthums jedes Eigenthümers. Der Umfang dieses Rechtes wird in dem sechszehnten Hauptstücke

von der Gemeinschaft des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte bestimmt. — Uebrigens kann, wie bereits Herr Hofrath von Zeiller bemerkte, auch ein getheiltes Eigenthum zugleich ein Miteigenthum seyn, indem entweder das Obereigenthum oder das Nutzungseigenthum Mehreren gemeinschaftlich zusteht.

§. 362.

Rechte des Eigenthümers.

Kraft des Rechtes, frey über sein Eigenthum zu verfügen, kann der vollständige Eigenthümer in der Regel seine Sache nach Willkühr benützen oder unbenützt lassen; er kann sie vertilgen, ganz oder zum Theile auf Andere übertragen, oder unbedingt sich derselben begeben, das ist, sie verlassen.

1) Der gegenwärtige §. zählt lediglich einige Folgen auf, die sich aus dem Rechte, frey über sein Eigenthum zu verfügen, ergeben. Der Eigenthümer kann die Sache nach Willkühr, folglich nicht bloß zur Befriedigung seiner wahren Bedürfnisse, sondern ganz unbeschränkt genießen, sohin allen möglichen Nutzen und Vortheile daraus ziehen; er kann sie aber auch unbenützt lassen, ohne daß ein Anderer sich das Recht anmaßen könnte, die Sache aus dem Grunde für sich zu benützen, weil sie der Eigenthümer selbst unbenützt läßt.

2) Der Eigenthümer kann die ihm gehörige Sache, in so fern er unbeschränkte Eigenthumsrechte genießt, und niemand Anderer ein das Eigenthum beschränkendes Recht auf die Sache erworben hat, auch vertilgen. — Bey verbrauchbaren Sachen ist eine bestimmte Art der Vertilgung selbst die Bedingung des Genusses. Dieses ist z. B. bey den Lebensmitteln, dem Brennholze u. s. w. der Fall. Der Eigenthümer ist aber auf diese Art der Vertilgung nicht beschränkt, — sein Recht bringt es mit sich, daß er die ihm gehörige Sache vertilgen darf, ohne aus dieser Vertilgung irgend einen Nutzen zu ziehen, und Niemand ist berechtiget, ihn in der Ausübung dieses Rechtes zu stören. — Um so mehr aber ist er berechtiget, die Sache bloß zu verschlimmern.

— Es scheint zwar diese gesetzliche Anordnung mit dem §. 364 in einigem Widerspruche zu stehen, da hier ausdrücklich die Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles als die Gränze, bis auf welche sich die Befugnisse des Eigenthümers ausdehnen können, angegeben ist. Nun scheint es doch offenbar gegen das allgemeine Wohl zu verstoßen, wenn der Eigenthümer die Sache ohne Noth in einen schlechteren Zustand setzt, oder sie wohl gar vertilget; denn er zerstört eben dadurch immer einen Theil des National-Reichthums. — Allein es ist hier in Erwägung zu ziehen, daß hier vom Eigenthumsrechte, als solchem, die Rede ist, dessen Begriff eine Einschränkung nicht verträgt. — Jede Einschränkung des Eigenthumsrechtes muß in einem andern, von ihr unterschiedenen Rechtsverhältnisse, oder in ausdrücklichen, des gemeinen Wohles wegen erlassenen, Gesetzen beruhen. Solche einschränkende Gesetze gibt es nun allerdings; allein dem Eigenthümer überhaupt das aus seinem Begriffe hervorgehende Recht benehmen, seine Sache zu verschlimmern oder zu vertilgen, würde zu weit führen, und einen vollkommenen Despotismus der Gesetze nach sich ziehen. Wollte man, des öffentlichen Wohles wegen, dem Eigenthümer überhaupt verbiethen, seine Sache zu verschlimmern oder zu vertilgen [1]), so müßte die Staatsverwaltung jedem Staatsbürger eine völlige Instruction ertheilen, wie er mit seinen Sachen zu verfahren habe; wohin würde dieses führen? — Der Staat thut also sehr wohl daran, daß er nur des vorgeblichen allgemeinen Wohles wegen, nicht wegen jeder Kleinigkeit die Hände seiner Bürger in bestimmte Bewegungen einzwängt, und daher auch der Regel nach den Eigenthümer für die Behandlung seiner Sache unverantwortlich erklärt, und nur in einzelnen Fällen hievon durch besondere Gesetze Ausnahmen festsetzet.

3) Kann der Eigenthümer seine Sache gar vertilgen, so ist er um so mehr berechtiget, dieselbe ganz oder zum Theile an Andere zu übertragen. — Dieses Recht der Uebertragung ist auch der Grund aller abgeleiteten Rechte, und die Quelle der mannigfaltigsten, im Leben vorkommenden Verträge.

1) Jede Verschlimmerung ist eine theilweise Vertilgung.

4) Jede Uebertragung des Eigenthums an einen Andern ist eine bedingte Begebung desselben, indem der Eigenthümer sein Eigenthumsrecht nur gegen dem fahren läßt, daß es der Andere, dem er es vermeint, auch annimmt. Kommt von dieser Seite die Annahme nicht zu Stande, so hört die Sache nicht auf, des Ueberträgers Eigenthum zu seyn. Allein der Eigenthümer, der seine Sache sogar vertilgen kann, hat um so mehr das Recht, sich derselben unbedingt zu begeben, so daß die Sache nunmehr, als eine freystehende, jedem Staatsbürger zur Zueignung überlassen wird. In diesem Falle tritt der Eigenthümer selbst in die Verhältnisse jedes Dritten zur Sache ein; er kann daher, wenn es ihn in der Folge reuet, daß er sich der Sache begeben habe, selbe, in so fern sie noch von Niemanden in Besitz genommen wurde, wieder occupiren. Ist sie aber, bevor er den Besitz wieder zu ergreifen im Stande ist, in eines Andern Besitz gekommen, so kann er sich dieselbe nicht mehr zueignen.

§. 363.

Beschränkungen derselben.

Eben diese Rechte genießen auch unvollständige, sowohl Ober- als Nutzungseigenthümer; nur darf der Eine nichts vornehmen, was mit dem Rechte des Andern im Widerspruche steht.

Es ist bereits schon oben bemerkt worden, daß jedes Recht, welches im Verkehr ist, und nicht der Person anklebt, als eine Sache anzusehen sey, über welche Eigenthumsrechte ausgeübt werden können. Es kann daher jeder, dem ein solches Recht zustehet, in der Regel selbes nach Willkühr benützen oder unbenützt lassen; er kann es ganz oder zum Theil auf Andere übertragen, oder unbedingt sich desselben begeben. Von einer Vertilgung kann bey Rechten, als unkörperlichen Sachen, wohl nicht im eigentlichen Sinne, sondern nur im metamophorischen Verstande die Rede seyn. In diesem aber schließt die unbedingte Begebung die Vertilgung des Rechtes in sich. Der gegenwärtige §. spricht diesen von allen Rechten geltenden Satz hier insbeson-

dere in Bezug auf die Rechte des Obereigenthümers und Nutzungseigenthümers aus. — Jeder kann mit der Sache, worüber ihm das getheilte Eigenthum zusteht, in so weit verfügen, daß er dadurch in die Rechtssphäre des andern Eigenthümers nicht eingreift. Der Obereigenthümer kann daher frey über das ihm zustehende Proprietätsrecht verfügen; er kann selbes durch Annahme der z. B. in recognitionem dominii von dem Nutzungseigenthümer zu leistenden Gaben benützen oder durch Verzichtleistung hierauf selbes unbenützt lassen; er kann sein Obereigenthumsrecht auf Andere übertragen, oder sich dessen unbedingt begeben. Gleiche Rechte stehen dem Nutzungseigenthümer zu. Der Unterschied besteht, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, nur darin, daß sich das Recht des vollständigen Eigenthümers über die ganze Sache (Proprietät und Nutzungen) verbreitet, in dem unvollständigen Eigenthume hingegen die Rechtssphäre des Obereigenthümers, und umgekehrt die der letzteren durch jene des erstern begränzet wird. — In so fern daher der Obereigenthümer und der Nutzungseigenthümer im gemeinschaftlichen Einverständnisse handeln, können sie alle Rechte über die Sache ausüben, welche einem vollständigen Eigenthümer zustehen.

§. 364.

Ueberhaupt findet die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur in so fern Statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden.

1) Alle Rechte schränken sich wechselseitig ein. Wenn daher gleich im Begriffe des Eigenthums eine unbeschränkte Benützung der Sache liegt, so findet dieses Recht doch in der Ausübung der Rechte Anderer seine bestimmte Gränze. — Die die Ausübung des Eigenthumsrechtes beschränkenden Rechte sind von einer zweyfachen Gattung: einige beschränken dieselbe unmittelbar, indem sie die Sache selbst afficiren, welche Jemanden al-

Eigenthum gehört, wie z. B. das Pfand- und Servitutsrecht; andere setzen der Ausübung des Eigenthumsrechtes nur in so weit Schranken, als dadurch das Gebieth des letzteren selbst bezeichnet wird. — Nur die ersteren sind eigentlich als wahre Beschränkungen des Eigenthumsrechtes anzusehen, denn dadurch wird der Eigenthümer in die Lage gesetzt, die ihm eigenthümliche Sache nicht so behandeln zu können, wie er sie als Eigenthümer zu behandeln an und für sich befugt wäre. Die letzten Beschränkungen sind dagegen nur dahin gerichtet, den Eigenthümer in seine eigentlichen Gränzen zurückzuweisen; denn es ist eine natürliche Gränze des Eigenthumsrechtes, daß jeder Eigenthümer in der Benützung seiner Sache auch die fremden Eigenthumsrechte respectire, und sich von allen Handlungen enthalte, welche das Eigenthumsrecht eines Andern verletzen würden. Würde er dieses Recht des Andern nicht achten, so müßte er sich consequenter Weise auch das nähmliche von dem Andern gefallen lassen müssen, und dadurch würde jedes Eigenthumsrecht zerstört. Der Eigenthümer einer Flinte darf sie nicht benützen, um damit Wild in einer fremden Jagdbarkeit zu erlegen; — allein dieses ist keine wahre, eigentliche Beschränkung der Ausübung des Eigenthumsrechtes, sondern nur eine Zurückführung desselben in seine Gränzen. In wie fern aber der Eigenthümer bey Ausübung seiner Rechte das Rechtsgebieth des Andern nicht verletzt, hat er den Nachtheil, der diesem dadurch zugehet, keineswegs zu verantworten. (§. 1305.)

2) In Folge dieser letztern Bemerkung darf der Eigenthümer auf seinem Grunde nach Belieben bauen, wenn auch der Bau die Beschränkung der Aussicht, Verminderung der Lichtstrahlen oder des Luftzuges zur Folge hat, selbst dann, wenn der Bau ihm keinen Nutzen brächte; er darf Bäume pflanzen, wenn gleich dieselben in der Folge den Nachbarn aus was immer für einer Ursache lästig fallen sollten; er darf einen Brunnen graben, obgleich einem Andern dadurch die Wasseradern seines Brunnens abgeschnitten werden; er darf ein Gewerb errichten, ohne daß die Nachbarn dagegen im Justizwege unter dem Vorgeben, es werde ihnen durch die Ausübung desselben die Aus-

sicht und das Licht benommen, eine wirksame Einsprache thun könnten; er darf das Regenwasser auf eigenem Grundstücke auffangen, wenn auch dasselbe bisher nach der natürlichen Lage desselben in das benachbarte Grundstück hinabgelaufen ist, und der Eigenthümer des letzteren selbes seit undenklichen Zeiten zu seinem Vortheile benützt hätte [1]); er darf in seine Mauer neue Fenster, die ihm die Aussicht in das benachbarte Grundstück eröffnen, anbringen u. s. w.

3) Indessen ist es oft schwer zu bestimmen, ob durch eine bestimmte Art der Benützung des Eigenthumes in die Rechtssphäre des Andern ein wirklicher Eingriff geschieht oder nicht? — Als leitendes Princip bey Beurtheilung solcher Fälle glaube ich den Satz aufstellen zu dürfen: Wenn die Veränderung, die durch die Benützungsart eines Eigenthums in dem Eigenthum eines Andern hervorgebracht wird, als das Mittel dieser Benützungsart sich darstellet, dann geschieht ein wirklicher Eingriff in das fremde Eigenthumsrecht, denn ich benütze in diesem Falle unmittelbar nicht mein Eigenthum, sondern das fremde zum Vortheile des meinigen; wo aber dieses nicht der Fall ist, wo die Veränderung, die in dem fremden Eigenthume hervorgebracht wird, bloß Folge, und nicht Mittel einer Benützungsart ist, da geschieht kein Eingriff in fremde Rechte, — da habe ich den daraus entstehenden Schaden nicht zu verantworten. Wenn z. B. Jemand sein Haus erhöhet, dadurch seinem Nachbar die Aussicht benimmt und den Luftzug vermindert, so erscheint hier die Benehmung der Aussicht oder Verminderung des Luftzuges nicht als das Mittel, um sein Haus zu erhöhen. Wenn Jemand Bäume auf seinen Grund und Boden pflanzt, und selbe in der Folge von des Nachbars Hause die Lichtstrahlen abhalten, so liegt in der Abhaltung dieser Lichtstrahlen keineswegs das Mittel, dem Grund und Boden durch Pflanzung dieser Bäume ein Erträgniß zu verschaffen u. s. w. Es geschieht

1) Siehe des Herrn k. k. Rathes und Professors Michael Schuster über das Baurecht, Verbauungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten u. s. w. herausgegebene Werke, in welchen ausführlichere Beweise dieser Behauptung vorkommen.

also in diesen Fällen kein Eingriff in fremdes Recht. Wenn ich dagegen das sich auf meinem Grund und Boden anhäufende Regenwasser auf des Nachbars Grund und Boden leite, so liegt darin, daß ich diesen zur Aufnahme des Regenwassers verwende, das Mittel, meinen eigenen Grund und Boden trocken zu erhalten; — wenn ich, um des lästigen Geruches, den der Kohlendampf in meinem Hause verbreitet, los zu werden, eine Vorrichtung mache, um denselben in die Luftsäule meines Nachbars zu leiten, so benütze ich dieselbe, folglich fremdes Eigenthum, zum Vortheile des meinigen; — ich greife daher in beyden Fällen wirklich in die Rechtssphäre meines Nachbars ein, und daher ist derselbe mir diese Handlungen, die ich zwar mit meinem Eigenthume und innerhalb der Gränzen desselben unternehme, zu verbiethen berechtiget. Die Richtigkeit meiner Behauptung geht aus dem Inhalte der §§. 475 und 476 hervor. Im ersteren werden von dem Gesetzgeber die bejahenden, im letzteren die verneinenden Servitutsrechte aufgeführt. Da nun durch das Recht der Dienstbarkeit die Rechte des Eigenthümers beschränkt werden sollen, so folgt, daß kein Eigenthümer berechtigt sey, kraft seines Eigenthumsrechtes an und für sich von einem andern Eigenthümer die Duldung der in dem §. 475 aufgeführten Handlungen zu fordern, sonst hätte er nicht nöthig, sich dießfalls ein Servitutsrecht einräumen zu lassen. — Gehet man nun diese bejahenden Hausservituten einzeln durch, so wird man finden, daß alle von der Art sind, daß die Veränderung, die dadurch an fremdem Eigenthume geschieht, das Mittel zur Benützung des Eigenthums des Servitutsberechtigten ist. — Dagegen werden in dem §. 476 die verneinenden Dienstbarkeitsrechte aufgeführt, und es geht aus selben ganz natürlich hervor, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes die Handlungen, welche er hier, zufolge der eingeräumten Servitut, unterlassen soll, kraft seines Eigenthumsrechtes auszuüben befugt wäre. Nun sind die Handlungen alle von der Art, daß die aus der Unternehmung derselben für den Servitutsberechtigten an seinem Eigenthume vorgehenden Veränderungen nicht als Mittel erscheinen, um dadurch dem Servitutsverpflichteten die Benützung seines Eigenthums zu beforbern,

sondern es soll vielmehr die Unterlassung dieser Handlungen für den Servitutsberechtigten zur gehörigen Benützung seines Eigenthums dienen.

4) Außer den Einschränkungen, die sich bey Ausübung der Eigenthumsrechte durch die Rechte Anderer ergeben können, gibt es auch solche, welche zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles durch eigene (vorzüglich politische) Gesetze festgesetzt sind. Bey der großen Mannigfaltigkeit dieser gesetzlich festgestellten Beschränkungen muß sich hier mit Anführung einiger Beyspiele begnügt werden. So darf z. B. in den österreichischen Staaten Niemand seine Felder zum Tabakbau benützen, da dieses ein ausschließliches landesfürstliches Regale ist [1]); so hat ferner die Besorgniß, daß, wenn den Inhabern der zur Erzeugung des nöthigen Holzes gewidmeten Grundstücke die Benützungsart derselben ganz frey gestellt würde, in der Folge ein Mangel dieses in vieler Beziehung nothwendigen Materials entstehen würde, die Staatsverwaltung bewogen, die Benützungsart derselben der allgemeinen polizeylichen Aufsicht und den aus staatswirthschaftlicher Rücksicht nöthig geachteten Beschränkungen zu unterwerfen. In dieser Hinsicht ist die Ausrottung der Wälder und Auen, die Abödung derselben und die Umstaltung in einen andern Culturszustand, ohne Erlaubniß der höheren Behörde (Landesstelle), verbothen; die Besitzer unterthäniger Waldungen dürfen der Regel nach kein Holz in ihren Waldungen, ohne Erlaubniß der Herrschaft und ohne einer vorläufigen Auszeichnung, abstocken; die Obrigkeiten können zwar ohne eingeholte höhere Erlaubniß in ihren Waldungen die Holzschläge nach forstmäßiger Eintheilung vornehmen; sollte jedoch von der Waldoberaufsicht erkannt werden, daß größere Holzschläge unternommen wurden, als nach der bey dem Kreisamte liegenden Mappe und Forsttabelle ausfallen, so ist die Obrigkeit, nach Maß der überschrittenen forstmäßigen Eintheilung und des sich hieraus ergebenden Mangels des künftigen Holzbedarfes, für jede Uebertretung zu bestrafen. Nach dem Grade der Besorglichkeit eines künftigen ähnlichen

1) Patent vom 7. May 1784.

Mißbrauches kann auch ein eigener Verwalter, zur Aufrechthaltung der Waldungen, auf Kosten der Obrigkeit, gestellt werden [1]). — Nicht minder ist jeder Waldeigenthümer bey der Benützung seines Waldes und seiner Auen an die Beobachtung forstcanonischer Regeln, die sich theils auf eine zweckmäßige Holzfällung, theils auf den Vieheintrieb in die Waldungen beziehen, gebunden [2]). Eben so mannigfaltigen Beschränkungen unterliegt die Benützung des Eigenthums in Bezug auf die zur Sicherheit des Eigenthums erlassenen polizeylichen Anordnungen, die besonders in den für die Hauptstädte und das Land bestehenden Feuerordnungen enthalten sind, — welche besondere Vorschriften über die Art und Weise, wie gebaut werden soll, um jede Feuersgefahr zu vermeiden, dann an welchen Orten die feuerfangenden Materialien aufbewahrt werden sollen u. s. w. enthalten. — Wenn Jemand ohne einen Baumeister Dachzimmer anlegt, oder sonst einen Bau führet, oder wenn er an Rauchfängen, Heitzung, Herden, Oefen für sich eine Veränderung vornimmt, worüber nach Vorschrift vorher die Feuerbeschau genommen werden mußte, ist derselbe mit fünfundzwanzig bis hundert Gulden zu bestrafen; und hat er etwas wirklich Feuergefährliches unternommen, so soll er solches sogleich abzubrechen und feuergefahrfrey herzustellen gehalten werden [3]). Kaufleute oder Krämer, welche mit Schießpulver handeln, und in ihren Kaufgewölben, oder sonst in ihrem Hause davon einen größeren Vorrath, als durch die Feuerlöschordnung gestattet wird, halten, oder die den erlaubten Vorrath nicht vorschriftmäßig verwahrt haben, sollen das erste Mahl mit Verlust des überzähligen oder unverwahrten Vorrathes und einer Geldstrafe von fünfundzwanzig Gulden, zum zweyten Mahle nebst diesem Verluste mit Verdoppelung der Geldstrafe; bey der dritten Betretung mit einmonathlichem Arreste, und Verlust des Handels mit Schießpulver bestraft werden [4]). Diejenigen Ge-

1) Patent vom 1. July 1813; Pol. Ges. 41. B., S. 1.

2) Man lese über diesen Gegenstand des Herrn Professor Springers Abhandlung über die Grundzüge der Verfassung des Forstwesens. Wagn. Zeitsch. 1826. X. Heft, S. 184 — 209.

3) Strafgesetzb. 2. Theil, §. 190.

4) Ebenda §. 195.

werbe, welche von leicht feuerfangendem Materiale, von was immer für einer Gattung, Vorrath haben, und solchen auf Böden, oder sonst an unsicheren, nicht durch Mauerwerk oder gehörige Absonderung verwahrten Orten aufbewahren, sind, nach Beschaffenheit der Waaren und Menge des Vorrathes, um fünfundzwanzig bis hundert Gulden zu bestrafen [1]). Wo für die Vorräthe von Heu und Stroh oder Brennholz eigens gewidmete Gewölbe oder Behältnisse vorhanden sind, unterliegt derjenige, der solche an andern Orten niederlegt, der oben erwähnten Strafe [2]). Ueberhaupt sind alle Handlungen oder Unterlassungen, von welchen sich eine Feuersgefahr leicht voraussehen läßt, als: bey offenem Licht Flachs oder Hanf brechen, in der Nähe von Häusern und Scheuern schießen, oder Feuerwerke abbrennen u. dgl., nach Maßgabe der von dem Gesetzgeber ausdrücklich aufgeführten Fälle zu bestrafen [3]). Auch ist es aus öffentlichen Rücksichten verbothen, Gebäude, Mauern oder Planken dicht an den Chausseen herzustellen [4]).

§. 365.

Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigenthum einer Sache abtreten.

1) Es können sich mannigfaltige Fälle ereignen, wo die Verwendung einzelner bestimmter Privatgüter als nothwendiges Mittel zur Erreichung eines bestimmten Staatszweckes erscheint; z. B. es wird zur Vertheidigung gegen feindliche Angriffe nothwendig, an irgend einem Puncte Verschanzungen anzulegen, welche nicht nur allein die Verwendung von Grundstücken, die Privaten gehören, sondern selbst die Niederreißung von Gebauden, welche dem Baue der Verschanzungen hinderlich sind, noth-

---

1) Strafgesetzb. 2. Theil, §. 196.
2) Ebenda §. 197.
3) Ebenda §. 209.
4) Circular der N. Oest. Landesregierung vom 20. May 1816; Gouttal's G. S. 27. B., S. 165.

wendig machen. — Da nun das Staatsoberhaupt in einem Staate gegen alle einzelne Mitglieder des Staates ein Recht hat, zu fordern, daß es nach Maß seiner Kräfte das allgemeine Wohl befördere, und daher auch, um des öffentlichen Vortheils willen, seinen Privatvortheilen entsage, so hat es ohne Zweifel auch im vorliegenden Falle das Recht, zu begehren, daß der Privatmann sich seines Eigenthumsrechtes, zur Beförderung des allgemeinen Wohles, begebe. Die Lehrer des Staatsrechtes nennen dieses Recht des obersten Machthabers im Staate, das oberste Eigenthumsrecht, oder auch das äußerste Recht über Privatgüter, und als Beyspiele der Ausübung dieses Rechtes werden nebst dem Obenerwähnten angeführt [1]): Zerstörung eines Privateigenthums, welches auf eine gemeinschädliche Weise dem Staatsfeinde in die Hände fallen würde; Wegnahme eines Privatgrundstückes zum Behufe einer anzulegenden oder wieder herzustellenden öffentlichen Straße. Die Grundbedingung der Ausübung dieses Rechtes ist immer, wie es selbst der gegenwärtige §. ausdrückt, das allgemeine Beste. — Jedoch scheint es gerade nicht nothwendig, daß alle Mitglieder des Staates von dieser Abtretung directe oder indirecte einen Nutzen ziehen; es scheint auch zu genügen, wenn das Beste einer einzelnen Gemeinde hier im Spiele ist.

2) Der Grund, warum sich die Ueberlassung eines bestimmten Privatgutes zur Verwendung des Staates als nothwendig darstellet, liegt in der Individualität der Sache, nicht in der Gattung, zu der sie gehört. Ist es der Staatsverwaltung nur um die Gattung zu thun, z. B. sie braucht Tücher zur Equipirung des Militärs, so kann sie sich die benöthigten Sachen, mit der Ausnahme einer besondern Dringlichkeit, auch auf dem Wege des Einkaufes verschaffen, und es ist hier der Weg des Zwanges nicht nothwendig. — Im Falle der Dringlichkeit kann aber der Staat dergleichen, der Gattung nach bestimmte Sachen dort nehmen, wo er sie findet; er ist aber in dem einen oder andern Falle demjenigen, der solche Sachen an den Staat abtritt, die Vergütung zu leisten schuldig, weil die Last, den nothwendigen

1) Man sehe des Herrn Reg. Rathes v. Egger nat. Staatsrecht §§. 182 u. 183.

Staatsaufwand zu bestreiten, auf allen Mitgliedern des Staates, und nicht auf denjenigen allein, die solche Sachen, deren der Staat benöthiget, inne haben, beruhet. Der §. bedient sich des Ausdruckes „angemessener" Schadloshaltung. Dieses „angemessene" bezieht sich offenbar hier auf den reellen Werth der Sache, den sie im Allgemeinen, oder für den Besitzer derselben insbesondere dadurch hat, daß er nach seinen Verhältnissen einen besondern Nutzen davon zieht. Es muß daher bey der Ausmittelung des Schätzungspreises nicht nur auf jene Vortheile Rücksicht genommen werden, welche die Sache im Allgemeinen für jeden Menschen gewährt, sondern es muß auch auf den besondern Nutzen Bedacht genommen werden, den der Besitzer aus der Sache ziehet. Doch der Werth der besondern Vorliebe scheint für keinen Fall vergütet werden zu dürfen. Die besondere Vorliebe hat gar keinen eigentlichen Werth, denn sie besteht bloß in einem innern angenehmen Gefühle, welches der Besitz der Sache für das bestimmte Individuum gewährt. Für die angenehme Empfindung mag sich der Besitzer durch das Bewußtseyn, zum allgemeinen Besten etwas beygetragen zu haben, genugsam entschädiget fühlen.

3) Die Bestimmung, ob der Fall wirklich vorhanden sey, daß sich der Staatsbürger die Abtretung der Sache zum allgemeinen Besten gefallen lassen müsse, ist kein Gegenstand, der von der Justizbehörde verhandelt werden könnte; dieser geht bloß die Ausmittelung der Entschädigung an, in so fern selbe durch freywilliges Uebereinkommen, das in einem solchen Falle immer früher zu versuchen ist, und wobey es die Klugheit erheischt, daß sich die Staatsverwaltung dabey mehr freygebig als karg beweise, nicht zu Stande gebracht werden kann. Im Falle, als sich kein freywilliges Einverständniß treffen läßt, indem z. B. der Private seinen Entschädigungsanspruch überspannt, und sich auf Kosten des Staates bereichern will, wird die Sache auf dem ordentlichen Rechtswege verhandelt, wobey, wie gesagt, nur die Frage, welche Entschädigung zu leisten sey, in Verhandlung kömmt. Der Werth der Sache wird dann durch Sachverständige, welche von der Justizbehörde hiezu bestimmt werden, erhoben. — Insbesondere ist sich bey Ablö-

sung der Gründe, welche zur Erweiterung der Post- und Commerzialstraßen den Privaten abgenommen werden, nach gegenwärtiger Vorschrift zu benehmen [1]).

§. 366.

Klagen aus dem Eigenthumsrechte: a) Eigentliche Eigenthumsklage; wann und gegen wen sie gebühre.

Mit dem Rechte des Eigenthümers, jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern. Doch steht dieses Recht demjenigen nicht zu, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigenthümer war, in seinem eigenen Nahmen veräußert, in der Folge aber das Eigenthum derselben erlangt hat.

1) Das Eigenthumsrecht, als ein Recht, muß vom physischen Besitze, als einem bloßen Factum, unabhängig seyn; es kann daher auch in der Regel mit diesem nicht verloren gehen. Zur Ausübung dieses Rechtes gehört aber nothwendig, daß der Gegenstand des Eigenthumsrechtes in der Macht und Gewahrsame (entweder mittelbar oder unmittelbar) des Eigenthümers sey, folglich muß ihm auch das Recht zustehen, die ihm entgangene Sache zu verfolgen und von jedem Inhaber zu fordern.

2) Mit jedem Rechte ist, seinem Begriffe nach, Zwang verknüpft, der aber im Staate nur durch das Gericht mittelst ordentlicher Klage ausgeübt werden kann. Was in dem Falle Rechtens wäre, wenn sich der Eigenthümer durch eigene Gewalt in den Besitz setzen würde, wurde in dem §. 346 bestimmt. Die Hauptmomente jeder Klage sind, wie in dem Zeiller'schen Commentare bemerkt ist: wann, gegen wen, und worauf sie zustehe; was dem Kläger zu beweisen obliege, und wie lange sie dauere. Aus dieser Bemerkung, auf die Eigenthumsklage angewendet, ergibt sich Folgendes:

---

1) Hofkanzleydecret vom 2. May 1818; P. G. S. 46. B., S. 133.

3) Die Eigenthumsklage steht dem Eigenthümer einer Sache zu, der sich nicht im Besitze derselben befindet; denn es wäre, wie Glück bemerkt, lächerlich, das zu suchen, was man schon hat, und das Beklagter nicht zurückgeben kann, weil er es nicht hat. — Wird der Besitz des Eigenthümers gestört, so stehen ihm die §. 346 angegebenen possessorischen Rechtsmittel zu. Uebrigens kommt es eben so wenig auf die Art des Eigenthums, ob es ein vollständiges oder unvollständiges sey, noch auf den Gegenstand des Eigenthumsrechtes an, ob er nähmlich eine körperliche oder unkörperliche, bewegliche oder unbewegliche, einzelne oder Gesammtsache sey, nur muß sie sich in dem Besitze eines Andern befinden. Wer daher z. B. Eigenthümer eines Jagdrechtes ist, kann gegen denjenigen, der dasselbe ausübet, mit der Vindicationsklage auftreten. Es ist auch einerley, ob das Eigenthum ein beständiges oder widerrufliches sey, denn letzteres gibt das Vindicationsrecht wenigstens in so lange, als es dauert. Auch der bloße Miteigenthümer ist berechtiget, die Vindicationsklage auf seinen Antheil zu erheben. Wenn in dem Falle, als dem Kläger nur ein Theil an einer gemeinschaftlichen Sache, z. B. einem Grundstücke oder Hause, zusteht, zwey Besitzer sind, davon der eine des Klägers Miteigenthümer ist, der andere aber nicht, so ist ein Unterschied zu machen, ob beyde die Sache ungetheilt besitzen, oder ob jedem ein bestimmter Theil zugewiesen ist. In dem ersten Falle kann der Kläger nur den in Anspruch nehmen, der nicht Miteigenthümer ist, weil er dem Miteigenthümer sein Recht nicht streitig macht, wo hingegen der andere Mitbesitzer gar kein Recht auf die Sache hat. In dem andern Falle aber muß die Klage gegen jeden auf die Hälfte seines innehabenden Antheils gerichtet werden. Nach dem römischen Rechte ist die Frage sehr streitig, ob der Kläger schon gleich zu Anfang des Processes Eigenthümer seyn müsse, oder ob es genug sey, wenn er auch erst nach angestellter Klage das Eigenthumsrecht erwirbt? und es dürfte ohne Zweifel die erstere Meinung die richtigere seyn. Nach canonischem Rechte kann dagegen der Proceß nur dann nicht weiter fortgesetzt, sondern es muß eine neue Klage angestellt werden, wenn die Eigenthumsklage auf

einen speziell angegebenen Rechtstitel gegründet wird, der Kläger aber nachher das Eigenthum aus einem ganz andern Grunde erworben hat. Im Gegentheile kann nach dem canonischen Rechte in dem Falle, da die Eigenthumsklage ohne Anführung eines speciell angegebenen Erwerbungsgrundes bloß darauf gegründet worden ist, daß dem Kläger das Eigenthum zustehe, der Proceß fortgesetzt werden, wenn die Erwerbung des Eigenthums nachher noch erfolgt. Ein Aehnliches scheint auch nach österreichischem Rechte behauptet werden zu müssen; denn den Klagegrund ist der Kläger in seiner darauf folgenden Schrift oder Rede zu ändern nicht befugt (§. 21 der G. O.); dagegen kann er in der darauf folgenden Schrift neue Behelfe zur Begründung seiner Klage beybringen, wenn er auszuweisen im Stande ist, daß er sie nicht geflissentlich verschwiegen habe, welches hier allerdings der Fall ist, wo er erst durch einen nachgefolgten Umstand sein Eigenthumsrecht auszuweisen vermag. Setzen wir z. B. den Fall: A strenge gegen den B eine Eigenthumsklage an, und berufe sich, zum Beweise des Eigenthumsrechtes, darauf, daß er sie von C gekauft habe; der B weiset dagegen in seiner Einrede sich aus, daß er die Sache von D gekauft habe; nun stirbt indessen der wahre Eigenthümer E, welcher den C zum Universalerben einsetzt. Ohne Zweifel kann da A in der Replik diesen weiteren Beweis seines Eigenthumsrechtes, unter Beobachtung der in dem §. 48 der G. O. angeführten Vorsichten, nachtragen und seine Eigenthumsklage fortsetzen. — Daß der Kläger in jenem Falle, als er zur weiteren Verfolgung seines nachher erworbenen Eigenthums eine neue Klage anstellen muß, dem Gegner die Kosten des früher geführten Processes zu erstatten schuldig sey, ist die gesetzliche Folge der Aenderung der Klage. — Ist bereits früher das Urtheil geschöpft worden, so erübrigt ihm nichts, als die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wegen neu gefundener Beweismittel, zu begehren.

4) Die Eigenthumsklage steht dem Eigenthümer einer Sache zu, und ist gegen jenen Inhaber der Sache gerichtet, der sie ihm vorenthält. Dieses bestimmt der gegenwärtige §. deutlich durch den Ausdruck, daß mit dem Eigenthumsrechte das

Recht verbunden sey, die vorenthaltene Sache von jedem Inhaber gerichtlich zu fordern. Um die eigentliche Bedeutung und den Umfang dieser gesetzlichen Anordnung kennen zu lernen, soll folgende Bemerkung behülflich seyn. Jede Klage, die bey dem Richter angebracht wird, setzt wenigstens die Behauptung eines verletzten Rechtes von Seite des Geklagten voraus. Eine bloß eventuell, für den Fall, als der Andere die eingegangene Verbindlichkeit nicht leisten sollte, angestrengte Klage kann nicht Statt haben, obschon sie öfters versucht werden mag [1]). Nun räumt das Gesetz §. 329 demjenigen, welcher eine Sache im guten Glauben, daß sie sein gehöre, besitzt, das Recht ein, dieselbe ohne Verantwortung nach Belieben zu brauchen, zu verbrauchen, auch wohl zu vertilgen, folglich auch Jeden, der sich nicht als Eigenthümer derselben ausweiset, oder wenigstens ein stärkeres Recht darauf darthut, von dem Genusse derselben auszuschließen. Mit diesem Rechte des redlichen Besitzers ist es nicht vereinbarlich, dem Eigenthümer früher ein Klagerecht einzuräumen, als dieser sich nicht bey jenem als Eigenthümer gemeldet und ihm die Beweise seines Eigenthums geliefert, oder wenigstens denselben in die Lage gesetzt hat, sich die Ueberzeugung seines Eigenthumsrechtes zu verschaffen. Würde der Eigenthümer dessenungeachtet früher die Klage anstrengen, als er sich gegen den Besitzer, als solchen, legitimirt hat, so stände, meines Dafürhaltens, dem Besitzer das Recht zu, demselben die dilatorische Einwendung entgegen zu setzen, daß er nicht früher schuldig sey, sich in einen Rechtsstreit mit ihm einzulassen, bevor nicht der Eigenthümer ihm die Gründe seines Anspruches im außergerichtlichen Wege mitgetheilt hat. — Er kann dem Eigenthümer einwenden: dir gebührt nach dem Gesetze nur ein Klagerecht gegen denjenigen Besitzer, der dir deine Sache vorenthält; folglich gebührt dir gegen mich kein Klagerecht. — Dieses kann aber nicht

---

1) Ich kann mich erinnern, daß vor längerer Zeit in einer Hauptstadt die Rechtsfreunde Versuche machten, zur Gewinnung der Zeit, mit der Kapitalsanfündigung auch zugleich schon die Zahlungsklage einzureichen, bevor sie also noch wissen konnten, ob der Geklagte nicht seiner Verbindlichkeit aus freyem Antriebe nachkommen werde.

nur allein der redliche Besitzer, sondern in den meisten Fällen auch der unredliche thun, nähmlich dann, wenn derselbe wohl weiß, oder aus den Umständen vermuthen muß, daß die Sache fremdes Eigenthum sey, er jedoch den Eigenthümer nicht kennt. Denn in so lange ihm die Person des Eigenthumes unbekannt bleibt, kann er ihm die Sache nicht restituiren, und selbst in dem Falle, als sich Jemand als Eigenthümer derselben gegen ihn meldet, ist er in so lange nicht verpflichtet, ja nicht einmahl berechtiget, ihm die Sache zu extradiren, bis jener sich nicht als solchen auch legitimirt hat. Denn der unredliche Besitzer hat die Pflichten eines Verwahrers; er kann von dem Augenblicke an, als er redlich zu handeln anfängt, sich bloß als Verwahrer der Sache ansehen, welcher die Verpflichtung hat, die Sache dem wahren oder vermutheten Eigenthümer zurückzustellen. Wollte er dem ersten besten, der einen Anspruch auf die Sache erhebt, selbe extradiren, so würde er in Gefahr stehen, neuerdings gegen den wahren Eigenthümer verantwortlich zu werden. — Darum sind auch der redliche und unredliche Besitzer bey Prüfung der Legitimationsbeweise desjenigen, welcher einen Eigenthumsanspruch erhebt, in einer verschiedenen Lage. Nachdem der redliche Besitzer die Sache ohne Verantwortung brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen kann, so kann er um so mehr dieselbe demjenigen, der sich als Eigenthümer meldet, abtreten, wenn dieser auch gar keine Beweise seines Eigenthums vorgelegt hätte, ohne befürchten zu müssen, sich dadurch einstens gegen den wahren Eigenthümer verantwortlich zu machen. Nicht so der unredliche Besitzer. Hat derselbe unvorsichtiger Weise demjenigen, der einen Eigenthumsanspruch erhoben hat, die Sache sammt den allenfallsigen Nutzungen ausgefolgt, ohne die Beweise seines Eigenthums gehörig gewürdigt zu haben, so kann er in der Folge, wenn der wahre Eigenthümer sich meldet, in die Lage kommen, neuerdings den Werth der unvorsichtiger Weise hintan gegebenen Sache sammt den Nutzungen vergüten zu müssen. Die Eigenthumsklage ist gegen den Inhaber gerichtet. Wie sich der bloße Inhaber, der nicht zugleich Besitzer ist, vor der Eigenthumsklage schützen könne, kömmt §. 375 vor. Hat der Be-

sitzer vor Zustellung der Klage den Besitz bereits aufgegeben, so kann gegen ihn die Eigenthumsklage nicht mehr angestrengt werden, wohl aber kann der unredliche Besitzer verhalten werden, den Werth zu vergüten und die Schadloshaltung zu leisten (§. 375).

5) Die Eigenthumsklage ist ihrer Natur nach darauf gerichtet, daß der Besitzer zur Anerkennung des Eigenthums angehalten, und er in Folge derselben verhalten werde, dem Eigenthümer kein Hinderniß in den Weg zu legen, seine Rechte auf die Sache auszuüben. Auf eigentliche Zurückstellung scheint sie, wie ich schon bey Erläuterung des §. 333 bemerkt habe, nicht gerichtet, da der Eigenthümer in Folge seines Eigenthumsrechtes nur zu fordern berechtigt ist, daß ihn Niemand in der Ausübung desselben hindere; keineswegs kann er aber auch verlangen, daß Jemand eine positive Handlung unternehme, welche ihm zur Ausübung seines Eigenthumsrechtes behülflich seyn solle. Nur gegen den unredlichen Besitzer kann die Eigenthumsklage auf Zurückstellung der Sache gerichtet werden. Mit der Eigenthumsklage kann auch die Bitte auf die Herausgabe oder Ersatz der Nutzungen, nach Maßgabe des redlichen oder unredlichen Besitzes des Geklagten, verbunden werden (§. 379).

6) Im letzten Absatze führt der gegenwärtige §. einen Ausnahmsfall an, in welchem dem Eigenthümer nicht zustehet, eine Eigenthumsklage gegen den Besitzer anzustrengen. Als Beyspiel führt Herr Hofrath von Zeiller den Fall an, wo Jemand, als muthmaßlicher Erbe, eine Sache vor dem Tode des Erblassers veräußerte, dann aber als wirklicher Erbe die Veräußerung, folglich seine eigene Handlung, bestreiten will. — Was wäre aber in dem Falle Rechtens, wenn der Veräußerer vorgegeben hätte, daß ihn der Erblasser zur Veräußerung authorisirt habe, er daher dieselbe nicht in seinem eigenen, sondern in fremdem Nahmen veräußert hat? — Auch in dem Falle wäre er, als Erbe, nicht befugt, die Eigenthumsklage anzustrengen, obschon sie ohne Zweifel dem Erblasser zugestanden hätte; denn hätte der Erblasser selbst noch bey seinen Lebzeiten die Klage erhoben, so könnte der Besitzer den nachherigen Erben zur Vertretungsleistung auffordern, und dieser hätte ihm dann ohne Zweifel jeden daraus

entstehenden Schaden zu vergüten. Da nun durch den Tod des Erblassers an der Verpflichtung des Erben, die Vertretung zu leisten, nichts geändert wird, so müßte im vorliegenden Falle der Erbe die Vertretungsleistung gegen seine eigene Klage übernehmen; er müßte sohin zu gleicher Zeit als Kläger und Beklagter auftreten, was gewiß eine juridische Absurdität wäre. Dagegen waltet aber kein Anstand ob, daß derjenige, welcher aus factischer Unwissenheit eine ihm eigenthümliche Sache, als Bevollmächtigter eines Andern, veräußert, sie mit der Eigenthumsklage verfolge; nur hätte derselbe, wenn diese factische Unwissenheit in seinem eigenen Verschulden gegründet wäre, dem Besitzer den ausgelegten Kaufschilling, um den er dadurch zu Schaden käme, zu vergüten (§. 1295).

§. 367.

Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht Statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgeld von Jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertraut hatte. In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer steht nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.

1) Dieser §. enthält einen weiteren Ausnahmsfall von der Regel, daß die Eigenthumsklage jedem Eigenthümer gegen jeden Besitzer seiner Sache gebühre. Indessen kann diese Anordnung nur im uneigentlichen Sinne als eine Ausnahme von der obigen Regel angesehen werden, da, zufolge des Schlusses des gegenwär-

tigen §., der redliche Besitzer durch die hier aufgeführten Handlungen das Eigenthum der Sache bereits erworben hat, daher dasselbe für den früheren Eigenthümer verloren gegangen, letzterer sohin in dem Zeitpuncte, als er die Klage gegen den Besitzer anbringen konnte, wirklich nicht mehr Eigenthümer ist. Der Grund dieser gesetzlichen Anordnung beruhet auf der Sicherheit des Verkehrs, welcher dadurch offenbar befördert wird, wenn die Staatsbürger dasjenige als ihr sicheres, unbestreitbares Eigenthum betrachten können, was sie nicht nur mit den redlichsten Gesinnungen, sondern auch auf eine Art an sich gebracht haben, daß ihnen nicht leicht ein Zweifel gegen das Eigenthumsrecht des Ueberträgers auffallen konnte. Zudem ist es in den vorliegenden Fällen für den frühern Eigenthümer leichter, seine Schadloshaltung an dem Schuldtragenden zu suchen und zu erlangen.

2) Der §. redet bloß von einer beweglichen Sache. — Zur Sicherheit des Verkehrs unbeweglicher Güter bestehen öffentliche Bücher, deren Einsicht Jedermann offen steht, und wodurch man sich über die Beschaffenheit der Sache, die man an sich zu bringen sucht, belehren kann. — Auch könnten, der Natur der Sache nach, die beyden letzteren Fälle dieses §. auf unbewegliche Güter nicht angewendet werden.

3) Der erste Fall, den das Gesetz hier aufführt, wodurch von dem redlichen Besitzer das Eigenthum unmittelbar erworben wird, ist, wenn die Sache bey einer öffentlichen, unter Authorität der Behörde vor sich gehenden Versteigerung an sich gebracht wird. — Die oben im Allgemeinen zur Begründung der gesetzlichen Anordnung dieses §. angeführten Gründe treten hier mit besonderer Stärke hervor. Ueberdieß ist hier zu beachten, daß der Fall einer solchen Versteigerung häufig für Personen geschieht, die unter dem besonderen Schutze der Gesetze stehen (§. 21), und bey welchen es sohin der Staatsverwaltung daran gelegen ist, die größte Menge von Kauflustigen herbeyzuschaffen, die sich wohl sehr vermindern dürfte, wenn der Käufer nicht mit Gewißheit darauf rechnen könnte, ein unbestreitbares Eigenthum an der ersteigerten Sache zu erhalten. Hiezu kommt

noch, daß bey Versteigerungen nicht immer der Eigenthümer der zur Versteigerung bestimmten Sachen bekannt ist, und, nach der Natur der Versteigerung, bekannt seyn kann, wie z. B. bey den von den Versatzämtern vorgenommenen Licitationen; daß auch oft fremde Sachen gültig versteigert werden, z. B. wenn der Vermiether, wegen ihm schuldigen Miethzinses, die in der Wohnung des Miethers befindlichen Einrichtungsstücke und Fahrnisse in Execution zieht, und dem Käufer derselben nicht aufgebürdet werden kann, dieses Verhältniß gegen den klagenden Eigenthümer erst im ordentlichen Rechtswege auszuweisen, und daß sehr oft verdächtige Gegenstände, z. B. die bey einem Inquisiten gefundenen, seinen Bedarf übersteigenden Kleidungsstücke u. s. w. versteigert werden müssen, wo also der Käufer gleich schon ursprünglich der Gefahr der Vindicirung sich aussetzen würde. — Damit aber die Versteigerung diese Begünstigung nach sich ziehe, ist es ohne Zweifel nothwendig, daß sie unter öffentlicher Authorität geschehe. Es kömmt daher hiebey die Vorschrift der Licitations-Ordnung vom 15. July 1786 zu berücksichtigen, zufolge welcher ohne obrigkeitlicher Bewilligung nichts versteigert werden darf, und daß bey gerichtlichen Versteigerungen die Gerichtsbehörde, bey den übrigen aber die politische Behörde zur Ertheilung solcher Bewilligungen competent sey. In Wien muß die Bewilligung zu freywilligen Versteigerungen bey der Regierung eingehohlt werden [1]). Auch hat derselben, nach der obigen Licitations-Ordnung, wenn keine besondere Erlaubniß der Polizey-Behörde davon loszählt, eine obrigkeitliche Commission beyzuwohnen.

4) Der zweyte Fall setzt einen Gewerbsmann voraus, der aus dem Verkaufe solcher Sachen, wie die jedesmahl in Rede stehende ist, ein ordentliches Geschäft macht. Der Ausdruck „Gewerbsmann" muß wohl hier im weitläufigsten Sinne des Wortes genommen werden, in welchem er auch den Betreiber einer freyen Beschäftigung darunter begreift. Auch muß derselbe entweder für immer, oder doch zur Zeit des geschlossenen Geschäftes, als z. B. zur Marktzeit, von dem Gesetze oder von der Behörde

1) Nieder Oest. Reg. Verordn. vom 8. April 1820.

zum Handel mit Sachen, unter welche Gattung die in Rede stehende gehört, befugt seyn. Wer also z. B. von einem Gürtler eine Uhr kauft, wird dadurch nicht Eigenthümer dieser Uhr. Ferner wird vorausgesetzt, daß der Gewerbsmann die Sache gegen Entgeld hintan gegeben habe. Zwar hat der Gesetzgeber diese Beschränkung in diesem Falle nicht ausdrücklich beygefügt; allein die Absicht des höchsten Gesetzgebers spricht sich sowohl in dem letzten Falle des gegenwärtigen §., als in der §. 363 ausgesprochenen Anordnung deutlich dahin aus, daß nur der gegen Entgeld unternommene Verkehr zu schützen sey; ja, es scheint diese Absicht sogar durch die Worte „von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne" angedeutet zu seyn, da es, um Sachen unentgeldlich hintan zu geben, eines besondern Befugnisses gar nicht bedarf. Der Gesetzgeber scheint dem Beysatze „gegen Entgeld" nur aus dem Grunde lediglich den letzten Fall angefügt zu haben, weil sich derselbe in den ersteren zwey Fällen von selbst versteht.

5) Der dritte Fall bezieht sich hauptsächlich auf Entlehner, Verwahrer, Pfandgläubiger und Bevollmächtigte, jedoch darf natürlich der Besitzer nicht gewußt haben, daß ihnen diese Sache von dem Eigenthümer nur in dieser Eigenschaft übergeben worden ist; denn hat er dieses gewußt, und doch die Sache an sich gebracht, so ist er offenbar ein unredlicher Besitzer. Kömmt er erst später davon in Kenntniß, so schadet ihm dieses nichts, denn er ist bereits durch den Act der Ansichbringung Eigenthümer geworden. Der Grund der Begünstigung, die auch in diesem Falle dem redlichen Besitzer zu Guten kömmt, scheint darin zu liegen, weil die Uebergabe die äußere Form der Eigenthums-Uebertragung ist, und sohin derjenige, der eine Sache von einer solchen Person an sich bringt, im Allgemeinen mit Recht vermuthet, daß durch die Uebergabe eine wirkliche Eigenthums-Uebertragung geschehen sey. Auch ist es billig, daß der Eigenthümer die schlimmen Folgen trage, wenn er seine Sache unbehuthsam Jemanden anvertraut hat, der durch die That beweiset, daß er dieses Vertrauen nicht verdient hat. Uebrigens fordert das Gesetz nicht, daß der Besitzer Wissenschaft davon hatte, die Sache sey dem

Veräußerer von dem Eigenthümer selbst anvertraut worden, genug, wenn er in der Folge im Stande ist, diesen Umstand zu erweisen.

§. 368.

Wird aber bewiesen, daß der Besitzer entweder schon aus der Natur der an sich gebrachten Sache, oder aus dem auffallend zu geringen Preise derselben, oder aus den bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder andern Verhältnissen einen gegründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen können; so muß er, als ein unredlicher Besitzer, die Sache dem Eigenthümer abtreten.

1) Schon der vorige §. redet von einem redlichen Besitzer. Der gegenwärtige §. deutet nur einige Umstände an, welche den gegründeten Verdacht einer Unredlichkeit erregen, ohne andere Gründe davon auszuschließen. Da aber die Vermuthung immer für die Redlichkeit des Besitzes streitet, so liegt dem Kläger das Vorhandenseyn solcher Verdachtsgründe, und daß sie dem Besitzer bey Ansichbringung der Sache nicht unbekannt waren, zu erweisen ob.

2) Die Verdachtsgründe, deren das Gesetz hier erwähnt, sind: a) die Natur oder Beschaffenheit der an sich gebrachten Sache, indem sie z. B. mit Merkmahlen bezeichnet ist, die mit Grund daraus schließen lassen, daß sie das Eigenthum des Ueberträgers nicht sey; b) der unverhältnißmäßig geringe Preis, um welchen sie der Eigenthümer oder der redlich handelnde Bevollmächtige nicht hintan gegeben haben würde; c) die persönlichen Eigenschaften des Ueberträgers, sein Alter, Geschlecht, Stand, sein bekannter Ruf, sein Erwerb, der mit dem Werthe der veräußerten Sache in keinem Verhältnisse steht u. s. w.

§. 369.

Was dem Kläger zu beweisen obliege.

Wer die Eigenthumsklage übernimmt, muß den Beweis führen, daß der Geklagte die eingeklagte Sache in seiner Macht habe, und daß diese Sache sein Eigenthum sey.

1) Das erste Erforderniß ist schon im Begriffe der Eigenthumsklage, und zwar darin enthalten, daß sie in dem Rechte des Eigenthümers beruht, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber gerichtlich zu fordern; daher gegen denjenigen, welcher die zu vindicirende Sache nicht inne hat, diese Klage gar nicht angestrengt werden kann. Die Anführung des Thatumstandes, daß der Geklagte die zu vindicirende Sache wirklich in seiner Gewahrsame habe, gehört sohin zum Factum der Klage, woraus folgt, daß, wenn der Kläger diesen Umstand in seiner Klage gar nicht berührt, und der Geklagte auf die Klage gar keine Rede und Antwort ertheilet, letzterer auch in contumaciam zur Zurückstellung der in Anspruch genommenen Sache gar nicht verurtheilt werden könne, weil nach der österreichischen Gerichtsordnung, §§. 29 u. 36, das Stillschweigen des Geklagten nur zur Folge hat, daß dem Kläger, in Betreff des angebrachten Factums, voller Glaube beygemessen wird, keineswegs aber eben dadurch schon das in der Klage angesprochene Recht für richtig anerkannt wird; woraus folgt, daß, im Falle der Kläger nicht alle zur Begründung der Klage wesentlich nothwendigen Facta angeführt hat, auch für keinen Fall zu Gunsten desselben entschieden werden könne.

2) Gleich wichtig, als schwierig, ist hier die Beantwortung der Frage, von welchem Zeitpuncte eigentlich diese Anordnung zu gelten habe? — Ob es nähmlich zur Begründung der Eigenthumsklage schon genug sey, wenn der Kläger darthut, daß die in Anspruch genommene Sache ein Mahl in der Gewahrsame des Geklagten gewesen sey, oder ob hier ein gewisser Zeitpunct festzusetzen sey, mit Bezug auf welchen der Kläger die Detention

der zu vindicirenden Sache darthun müsse, und, im Falle der bejahenden Beantwortung dieser Frage, welcher denn dieser Zeitpunct sey? — Ich glaube nicht, daß es hinreichend sey, wenn der Kläger erweiset, daß die zu vindicirende Sache einmahl im Besitze des Geklagten gewesen sey, und daß bey dem hergestellten dießfälligen Beweise dem Geklagten obliege, die Art und Weise darzuthun, wie er aus dem Besitze der angesprochenen Sache gekommen sey; sondern daß der Kläger zu zeigen habe, Geklagter habe die eingeklagte Sache noch in seiner Gewahrsame. Denn nicht nur der wörtliche Ausdruck des gegenwärtigen §., daß derjenige, welcher die Eigenthumsklage übernimmt, den Beweis führen müsse, daß der Geklagte die eingeklagte Sache in seiner Macht habe, spricht für meine Meinung, sondern auch der §. 366 entwickelte Begriff der Eigenthumsklage, zu Folge dessen dieselbe in dem Rechte des Eigenthümers beruht, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber gerichtlich zu fordern. Die Eigenschaft des Geklagten, als Inhaber, muß sonach erwiesen werden, und da die Innehabung gar kein Rechts-, sondern nur ein factisches Verhältniß ist, so kann auch in Ansehung derselben nicht der nähmliche Grundsatz, wie in dem Falle gelten, wenn es sich um Darthuung eines Rechtes handelt, in welchem allerdings der Kläger nur die Entstehung dieses Rechtes zu erweisen braucht, und dem Geklagten dagegen obliegt, darzuthun, daß das in Rede stehende Recht in der Folge wieder erloschen sey. — Die Wahrheit der hier aufgestellten Behauptung wird durch die §§. 376 und 378, welche mit dem gegenwärtigen in innigster Verbindung stehen, vollends außer allen Zweifel gesetzt. Man setze den Fall: A bringe gegen den B eine Klage an, worin er behauptet, daß B eine Stockuhr besitze, welche ihm, dem A, gehöre; zum Beweise, daß B diese Stockuhr wirklich besitze, führe er zwey Zeugen an, welche sie vor einem halben Jahre in seiner Wohnung gesehen haben. B erwiedere hierauf, es sey allerdings richtig, daß er um diese Zeit diese Uhr gehabt habe, er habe sie aber während dieser Zeit an einen Unbekannten wieder veräußert, und er sey daher schon seit längerer Zeit nicht mehr im Besitze derselben; erweisen könne er den Act der Veräußerung

nicht, da Niemand bey demselben, außer dem unbekannten Käufer und ihm selbst, zugegen gewesen sey. — In diesem Falle hätte, nach der Behauptung der Gegner, der Kläger den Beweis über den Umstand, daß der Geklagte die Sache in seiner Macht habe, geliefert, und da der Geklagte den Gegenbeweis nicht herstellen könnte, so wäre sohin rechtlich anzunehmen, daß er die angesprochene Sache wirklich noch in seiner Gewahrsame habe. Es müßte sohin für ihn die widrige Rechtsfolge, welche der Gesetzgeber mit der Abläugnung des Besitzes in Verbindung gesetzt hat, eintreten, welche nach der Vorschrift des §. 376 darin bestehet, daß der Geklagte dem Kläger schon allein wegen dieser Abläugnung des Besitzes den Besitz der Sache abtreten muß; wie könnte aber in dem vorliegenden Falle diese widrige Rechtsfolge für den Geklagten eintreten, da er, wie vorausgesetzt wird, wirklich schon lange nicht mehr im Besitze der zu vindicirenden Sache ist? — Zwar könnte man mir dagegen einwenden, daß dieser Fall auch dann eintreten könne, wenn der Kläger den Beweis herzustellen vermochte, daß der Geklagte die Sache noch in seiner Gewahrsame habe; allein damit der Geklagte nicht durch eine nachtheilige Veräußerung das Recht des Klägers zerstöre, hat der Gesetzgeber durch die Vorschrift des §. 378 Vorsorge getroffen. — Wenn daher der Geklagte behauptet, daß er zur Zeit der zugestellten Klage die angesprochene Sache nicht mehr im Besitze hatte, der Kläger dagegen darzuthun vermag, daß dieses Vorgeben unrichtig sey, so ist hier ohne Zweifel der Fall der Abläugnung des Besitzes vorhanden, und es tritt die im §. 376 enthaltene Anordnung in Wirksamkeit, welcher zu Folge der Geklagte dem Kläger den Besitz der Sache ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht abtreten muß. Hat daher der Geklagte zur Zeit, als er die Sache abtreten soll, dieselbe wirklich nicht mehr im Besitze, und kann er sohin, weil es zum Unmöglichen keine Pflicht und keinen Zwang geben kann, zur Abtretung des Besitzes nicht gezwungen werden, so ist eben dadurch auch der Beweis hergestellt, daß der Geklagte die Sache erst nach zugestellter Klage habe fahren lassen; sohin tritt, nebst dem §. 376, auch der §. 378 in Anwendung, und der Geklagte muß dem

Kläger die Sache auf seine Kosten in den Besitz zurückverschaffen, oder ihm den außerordentlichen Werth derselben ersetzen.

3) Aus dem Gesagten folget zugleich, daß der eigentliche Zeitpunct der Innehabung, welcher von dem, der die Eigenthumsklage anbringt, dargethan werden muß, der Zeitpunct der zugestellten Klage sey, weil der redliche Besitzer einer Sache für eine Veräußerung, welche er vor diesem Zeitpuncte vorgenommen hat, nicht verantwortlich gemacht werden kann. — Ist nun aber der Zeitpunct, in Bezug auf welchen der Kläger den Beweis der Innehabung des Geklagten stützen muß, der der aufgestellten Klage, so ergibt sich hieraus, daß derselbe diesen Beweis unmöglich in seiner Klage liefern könne, und dadurch scheinet auch eine Unzukömmlichkeit zu entstehen.

Es fordert nähmlich die Gerichtsordnung §§. 3 und 12, daß der Kläger in der Klage das Factum, woraus er sich ein Recht erwachsen zu seyn glaubet, vollständig mit allen Umständen, welche zur Bewahrung seines Rechtes dienlich seyn können, anbringen, und zugleich auch alle Beweismittel anführen solle, welches letztere in Ansehung der Innehabung der angesprochenen Sache von Seite des Geklagten platterdings unmöglich ist. Allein diese scheinbare Unzukömmlichkeit gleichet sich durch die Vorschriften unserer Gerichtsordnung von selbst wieder aus; denn wird diese Eigenthumsklage auf dem Lande angebracht, wo das mündliche Verfahren Platz greift, und wird überdieß dieselbe mündlich zu Protocoll gegeben, so kann der Kläger seinen Beweis auch bey der hierüber angeordneten Tagsatzung selbst leicht nachtragen, indem ihm in diesem Falle sogar gestattet ist, das Klagerecht und die aus demselben gestellte Bitte abzuändern (§. 21 der a. b. G. O.). Aber auch in dem Falle, als die Klage schriftlich angebracht wird, stehet, meines Erachtens, im mündlichen Verfahren dem Kläger kein Hinderniß im Wege, dieses abgängige Beweismittel bey der Tagsatzung nachzutragen, da eben aus dem Verbothe, in diesem Falle das Klagerecht und die aus ihm gestellte Bitte abzuändern, die Erlaubniß zur Nachtragung der Beweise indirect folgt. — Nur in dem Falle, als hier das schriftliche Verfahren Platz greift, in welchem an

der eingereichten Klage keine Aenderung mehr vorgenommen werden kann, scheinet dieser Anstand noch fortwährend zu bestehen; allein auch dieser wird durch eine nähere Ansicht der Sache gehoben, denn es ist ja auch gestattet, in der Replik solche Beweise nachzutragen, von denen der Kläger darzuthun im Stande ist, daß er sie in seiner Klage nicht geflissentlich verschwiegen habe (§. 48 der a. G. O.). Ich glaube sogar, daß in diesem Falle der Kläger nicht nöthig habe, die Bewilligung der Beybringung dieser Neuerung bey dem Richter, mittelst eines besonderen Anbringens, anzusuchen, weil dieses im vorliegenden Falle eine ganz unnöthige Weitläufigkeit wäre, da es hier in der Natur der Sache gegründet ist, daß er diesen Beweis in der Klage nicht habe anbringen können, folglich über diese Frage nicht erst verhandelt werden darf, zu welchem Zwecke eigentlich die Vorschrift wegen des erwähnten besonderen Anbringens erlassen worden ist.

4) Der weitere Beweis, der demjenigen, welcher die Eigenthumsklage anbringt, zu liefern obliegt, bestehet darin, daß die angesprochene Sache sein Eigenthum sey. Da das Eigenthum kein angebornes, sondern ein durch ein rechtliches Factum erworbenes Recht ist (§. 16), so muß der Kläger die Art und Weise, wie er das Eigenthum erlangt hat, ausweisen. — Hier soll nun ausführlicher auseinander gesetzt werden, wie der Kläger die Erwerbung des Eigenthumes auszuweisen habe. —

A. Gründet er dieselbe auf eine ursprüngliche Erwerbungsart, z. B. Occupation, oder auf eine solche, welche durch sich selbst, so wie der Zuwachs und die Verjährung, den wahren Eigenthümer ohne dessen Zustimmung ausschließt, so darf nur die Existenz dieses Erwerbgrundes dargethan werden. Nur muß in allen jenen Fällen, wo nicht aus der Form der Zueignung selbst erkennbar ist, daß die Sache, welche sich der Kläger zugeeignet hat, eine freystehende Sache war, auch diese Eigenschaft gehörig dargethan werden. Wenn z. B. Mehrere mitsammen in einem Reviere die cumulative Jagdbarkeit ausüben, so ist es genug, wenn einer von ihnen zu erweisen vermag, daß er das in Frage stehende Wild in diesem Reviere erlegt habe; dadurch ist sein Eigenthumsrecht außer Zweifel gesetzt.

Beweiset aber Jemand, daß er eine Sache, z. B. eine Dose, gefunden habe, so ist der Beweis seines Eigenthumsrechtes auf dieselbe nur dann hergestellt, wenn er zugleich darthut, daß diese Dose von dem Eigenthümer verlassen worden ist. Für diesen Fall liegt ihm daher zweyerley zu erweisen ob: a) daß die Sache von Jemanden verlassen worden sey, und b) daß derjenige, der die Sache verlassen hat, wirklicher Eigenthümer derselben gewesen sey. — In letzterer Hinsicht fällt der Beweis dieser ursprünglichen Erwerbungsart mit dem Beweise, welcher bey einer abgeleiteten Erwerbungsart geliefert werden muß, und von welchem hier unten gehandelt wird, in Eines zusammen.

B. Stützet sich der Kläger darauf, daß er die (bewegliche) Sache in einer öffentlichen Versteigerung, oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne, oder gegen Entgeld von Jemanden in Besitz gebracht hat, dem sie der Eigenthümer selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung oder in was immer für einer anderen Absicht anvertraut hatte (§. 367), so ist es eben so viel, als wenn er eine ursprüngliche Erwerbungsart dargethan hätte. — Denn in diesen Fällen wird das Eigenthum nicht durch den Willen des vorigen Eigenthümers, sondern durch eine ausdrückliche Verfügung des Gesetzes erworben. Nur in dem letzten Falle wäre gleichfalls zu erweisen, daß derjenige, welcher die angesprochene Sache dem Vormanne des Klägers anvertraut hatte, wirklich Eigenthümer dieser Sache gewesen sey, und in dieser Hinsicht müßte sich daher der Kläger gleichfalls gefallen lassen, jene Beweise zu liefern, welche bey der abgeleiteten Erwerbungsart geliefert werden müssen.

C. Stützet sich hingegen der Kläger auf eine ihm willkührlich geschehene Uebertragung von Seite des Eigenthümers, bey welcher der Titel zum Eigenthumsrechte lediglich in dem Willen des Eigenthümers selbst beruhet, so muß er nicht nur beweisen, daß die Sache durch ein rechtsgültiges Geschäft auf ihn gekommen sey, wodurch man das Eigenthum einer Sache erwerben kann, sondern auch, daß derjenige, der ihm diese Sache auf diese Art und Weise übertragen hat, wirklich Eigen-

thümer derselben gewesen sey. Um aber zu beweisen, daß der Ueberträger der Sache wirklich Eigenthümer derselben gewesen sey, ist vor allem nothwendig, daß dargethan werde, er habe die Sache durch ein solches Rechtsgeschäft erhalten, wodurch er das Eigenthum erwerben konnte. — Ist nun dieses Rechtsgeschäft ein solches, wodurch, wie sub A und B vorgekommen ist, das Eigenthum unmittelbar erworben wird, so hat der Vindicant hier, in Rücksicht des herzustellenden Beweises, den Ruhepunct gefunden; gründet sich die Erwerbung seines Rechtes aber auf dem Willen des vorigen Besitzers, so muß auf gleiche Weise von diesem dargethan werden, daß er Eigenthümer sey u. s. f., bis entweder der Vindicant auf einen Auctor stößt, welcher auf eine in A oder B bezeichnete Art in den Besitz der Sache gekommen, oder die Ersitzung dargethan ist. Hat der Vindicant das Eigenthum der Sache durch Kauf erworben, so muß er, nach den Vorschriften des römischen Rechtes, nicht nur beweisen, daß ihm die Sache von seinem Auctor wirklich übergeben worden sey, und er daher den Besitz der Sache gehabt habe; sondern er muß auch noch außerdem darthun, daß er das Kaufgeld bezahlet, oder sonst seinen Auctor befriediget habe [1]). Die Uebergabe muß auch ohne Zweifel nach den Vorschriften des österreichischen Rechtes erwiesen werden, weil dieselbe zur Erwerbung des Eigenthums nothwendig (§. 425), und daher in dem Begriffe der Eigenthumsklage eingeschlossen ist. Dagegen ist, nach österreichischem Rechte, nicht nothwendig, daß der Vindicant auch die Bezahlung des Kaufpreises darthue; denn fürs Erste streitet gleichfalls die Vermuthung dafür, daß, wenn dem Käufer die verkaufte Sache bereits übergeben worden ist, auch der bedungene Preis berichtiget sey, weil der Verkäufer, bis zur Berichtigung des Kaufgeldes, die Uebergabe der Sache zu verweigern berechtiget ist (§. 1062); wäre aber wirklich erwiesen, daß die Sache von dem Verkäufer dem Käufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben worden sey, so wäre die Sache auf Borg

1) Glücks Erläuterung der Pandecten 8. Theil, 1. Abth., S. 157.

verkauft; in welchem Falle das Eigenthum derselben sogleich und ohne Berichtigung des Kaufschillinges an den Käufer übergeht.

§. 370.

Wer eine bewegliche Sache gerichtlich zurückfordert, muß sie durch Merkmahle beschreiben, wodurch sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet wird.

1) Die Bezeichnung ist darum nothwendig, damit nicht am Ende ein Zweifel entsteht, welche Sache herausgegeben werden solle. — Ein solcher Zweifel ergäbe sich, wenn mehrere Sachen gleichen Nahmen führen, und es nicht angegeben ist, wie sich die eine von der anderen unterscheidet. Setzen wir z. B., es werde erkannt, Paul sey dem Peter die Uhr auszufolgen schuldig, welche er von dem Franz gekauft hat. — Nach rechtskräftig gewordenem Urtheile bietet Paul dem Peter eine Uhr an; allein dieser behauptet, selbe sey nicht die echte. — Hier müßte also ein neuer Proceß über den Umstand geführt werden, ob diese Uhr die nähmliche sey oder nicht. Beschreibt aber der Kläger die Sache gleich anfänglich nach ihrer Materie, Größe, Farbe, dem Geschlechte (bey Thieren), und den andern specifischen Merkmahlen, so kann er, im Falle der Geklagte ihm die beschriebene Sache nicht freywillig überläßt, sondern ihm vielleicht eine andere dafür aufdringen will, im Wege der Execution einschreiten, daß der Richter dem Gerichtsbedienten auftrage, von dem Geklagten die beschriebene Sache abzunehmen und sie dem Kläger zu übergeben (§. 305 der G. O.). Hätte der Kläger die Sache doch nicht ganz genau beschrieben, und der Geklagte hätte mehrere Sachen im Besitze, auf welche die Beschreibung zutrifft, so müßte sich der Kläger mit derjenigen begnügen, die ihm der Geklagte aus diesen ähnlichen Sachen zuweiset, oder einen neuen Rechtsstreit beginnen; — denn der Geklagte scheint seiner Verpflichtung Genüge geleistet zu haben, wenn er dem Kläger eine solche Sache überläßt, die mit der Beschreibung, welche dieser von seinem Eigenthume lieferte, zusammentrifft. Denn, stimmen die Be-

hauptungen des Klägers und des Geklagten nicht überein, so hat der Richter keine Gewißheit darüber, wer aus beyden Recht habe; der Kläger hat ihm eben durch die mangelhafte Bezeichnung diese Gewißheit nicht geleistet, was er doch zu thun schuldig gewesen wäre, da ihm der Beweis oblag. — Besorgt der Kläger, daß der Geklagte die Sache während des Processes mit einer andern, der Bezeichnung nach gleichen, jedoch minder werthvollen Sache vertauschen möchte, so kann er ohne Zweifel darauf dringen, daß sie zu Gerichtshanden erlegt, oder, in so fern sie hiezu nicht geeignet ist, sequestrirt werde. (§§. 292 und 293 d. G. O.)

2) Der gegenwärtige §. beschränkt die Bezeichnung auf eine bewegliche Sache; denn die Individualität der unbeweglichen Sachen läßt sich größtentheils aus den hierüber geführt werdenden öffentlichen Büchern erkennen. Es bedarf daher einer genauen Bezeichnung derselben nicht. Besitzt jedoch der Geklagte mehrere unbewegliche Sachen dergleichen Gattung, z. B. Häuser, so ist es allerdings nothwendig, daß der Kläger bezeichne, welches Haus er meine; allein diese Bezeichnung ist hier größtentheils schon in dem Ausweise des Titels enthalten. Oft kann, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, besonders, wenn nur ein Theil der Sache angesprochen wird, die Bestimmung nur durch Kunstverständige geschehen. (§§. 13 und 852.)

§. 371.

Sachen, die sich auf diese Art nicht unterscheiden lassen, wie bares Geld mit anderm baren Gelde vermengt, oder auf den Ueberbringer lautende Schuldbriefe, sind also in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage; wenn nicht solche Umstände eintreten, aus denen der Kläger sein Eigenthumsrecht beweisen kann, und aus denen der Geklagte wissen mußte, daß er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtiget sey.

1) Der gegenwärtige §. zählt jene Sachen auf, welche der Regel nach ein Gegenstand der Vindicationsklage nicht sind.

Hierunter wird besonders das bare Geld aufgeführt. Zu diesem gehört, nebst der Münze, auch das als Münze geltende Papiergeld, Einlösungs-, Anticipationsscheine, Banknoten u. s. w. Der §. sagt: „bares Geld mit anderem baren Gelde vermengt" aus welchem man schließen zu müssen scheint, daß das bare Geld, in so ferne es noch unvermengt in den Händen des Besitzers vorhanden ist, für jeden Fall ein Gegenstand der Eigenthumsklage sey; denn der Nachsatz: „wenn nicht solche Umstände eintreten u. s. w." ist ja eigentlich nur für den Fall ausgesprochen, wenn das bare Geld bereits mit andern Geldern vermengt ist. Das römische Recht gestattete zwar auch die Vindication der Gelder, welche noch unvermengt sich in fremdem Besitze befinden, jedoch nur gegen den ersten Empfänger [1]). Ich glaube nun nicht annehmen zu dürfen, daß es in der Absicht des österreichischen Gesetzgebers gelegen sey, der Vindicationsklage eine größere Ausdehnung zu verschaffen, als ihr im römischen Rechte eingeräumt ist; und sollten wohl nach dieser Absicht die Schuldbriefe, welche auf den Ueberbringer lauten, gegen die Eigenthumsklage eine größere Begünstigung, als bares Geld selbst, genießen? — Diese sind aber nur dann ein Gegenstand der Vindication, wenn nebst dem Umstande, daß der Eigenthümer im Stande ist, jene Merkmahle anzugeben, die sie von allen übrigen unterscheiden lassen, auch noch der hinzutritt, daß der Geklagte wissen mußte, er sey sich dieselben zuzuwenden nicht berechtigt. Kann man wohl nun annehmen, daß bares Geld, welches der Besitzer mit seinen übrigen Geldern noch nicht vermengte, abgesehen von diesem letzteren Umstande, einen Gegenstand der Eigenthumsklage ausmachen könne? — Nach der, der gegenwärtigen Anordnung offenbar zum Grunde liegenden Absicht des höchsten Gesetzgebers muß diese Frage doch offenbar verneinend beantwortet werden. Hier scheint nur eine Disharmonie zwischen der grammatischen und logischen Auslegung einzutreten. — Allein die im gegenwärtigen §. in Anwendung gebrachte Textirung läßt sich zu Gunsten der logischen Auslegung aufklären,

1) Siehe Glück am a. O. §. 543.

wenn man den §. 88 des zweyten Theils des bürgerlichen Gesetzbuches für Westgallizien, welches der Entwurf des gegenwärtigen ist, damit vergleicht. Dieser lautet: „Sachen, die sich auf diese Art nicht unterscheiden lassen, z. B. bares Geld mit anderem baren Gelde vermengt, oder öffentliche, auf den Ueberbringer lautende Schuldbriefe, sind also in der Regel kein Gegenstand der Eigenthumsklage, wenn nicht zufälliger Weise ein günstiger Umstand eintritt, durch welchen der Kläger sein Eigenthumsrecht erweisen kann." Man sieht nun aus dieser Gesetzesstelle, daß der Gesetzgeber die Vindication des baren Geldes und der auf den Ueberbringer lautenden öffentlichen Schuldbriefe lediglich aus der Rücksicht unzulässig erklärt hat, weil sich das erstere, wenn es bereits mit anderen Geldern vermengt worden, so wie die letzteren, gewöhnlich nicht von den andern Münzen oder Schuldbriefen gleicher Gattung unterscheiden lassen; kommt aber dem Eigenthümer ein glücklicher Umstand zu Statten, das Ungewöhnliche zu leisten, und diese Sache mit bestimmten Merkmahlen zu beschreiben, dann hört der obige Grund auf, und folglich tritt die Fähigkeit zur Vindication ein. — Allein die Verfasser des gegenwärtigen Gesetzbuches, welche überhaupt die Vindicationsklage zu Gunsten des wechselseitigen Verkehres und der zu diesem so nothwendigen Sicherheit gegen die Anordnungen des Entwurfes zu beschränken suchten, wovon der §. 367 einen Beweis liefert, zogen in Erwägung, daß hier nicht allein die Erkennbarkeit der Sache von Seite des vindicirenden Eigenthümers, sondern auch die redliche oder unredliche Handlungsweise des Besitzers ins Augenmerk genommen werden müsse, und daß es der Sicherheit des Verkehres und dem öffentlichen Credite schädlich seyn würde, wenn man auch den redlichen Empfänger für den Fall, als dem Eigenthümer ein solcher günstiger Umstand zu Statten kommt, zur Zurückstellung verhalten wollte. — Man hat daher, beynahe unter wörtlicher Beybehaltung des Textes des §. 88 des westgallizischen Gesetzbuches, und mit Aufhebung der in selbem nur auf öffentliche Schuldbriefe au porteur gemachten Beschränkung, noch den weitern Umstand beygefügt, daß der Geklagte aus den Umständen wissen müßte, er sey sich die

Sache zuzuwenden nicht berechtiget. — Es ist daher offenbar, daß sich dieser letztere Zusatz auf bares Geld oder Schuldbriefe au porteur überhaupt beziehe, ohne Unterschied, ob der Besitzer das erstere noch unvermengt mit seinen Geldern aufbewahrt, oder dasselbe bereits mit selben vermengt hat, indem im ersten Falle dem Eigenthümer nur die Erkennbarkeit von seiner Seite erleichtert ist.

2) Schuldscheine, die auf den Ueberbringer lauten, welches gewöhnlich bey Wechseln, dann bey Staatsschuldscheinen oder Schuldscheinen öffentlicher Banken, aber auch zuweilen bey gewöhnlichen Schuldscheinen von Privaten der Fall ist, haben eine ganz eigenthümliche Natur, und sind wesentlich von den Schuldbriefen unterschieden, welche die Person des Gläubigers ausdrücken, sobald sie unter den Gesichtspunct des Verkehrs gestellt werden. Ist nähmlich in dem Schuldbriefe der Nahme des Gläubigers enthalten, so weiß Jedermann, daß zur Uebertragung desselben seine Einwilligung erforderlich sey, und daß er, ohne Abtretungsurkunde, seiner Zeit umsonst den Schuldner zur Zahlung angehen würde. Es kann sich daher jeder Erwerber vor Schaden bewahren. — Ist aber der Gläubiger in der Obligation nicht benannt, so sind dem Erwerber alle Mittel entzogen, den Schaden von sich abzuwenden, indem er nicht weiß, an wen er sich zu wenden habe, um nicht seiner Zeit darum angegangen zu werden. — Sie haben überdieß das Eigenthümliche, daß der Inhaber für den Gläubiger gilt, und daher auch der Präsentant, ohne Rücksicht auf den eigentlichen Gläubiger, gültig bezahlt werden kann. Diesem Verhältnisse liegt das allgemeine Princip zum Grunde, daß es bey dem Verkehre solcher Papiere auf die Person des wahren Eigenthümers gar nicht ankomme, daher jeder Inhaber dem Gläubiger gleich gelte. — Darum haben sie auch mit dem Papiergelde das gemein, daß sie den wahren Eigenthümer nicht kennbar machen, und daß sie einen Gegenstand des Verkehres ausmachen, auch so, wie jenes, einen eigenen Curs haben. Der österreichische Gesetzgeber hat daher auch dieselben, so wie das bare Geld, mit allem Rechte um so mehr (der Regel nach) von der Fähigkeit, vindicirt zu werden, ausgenommen, als der Eigen-

thümer in der Lage ist, sich sein Eigenthumsrecht auf einen solchen Schuldbrief sicher zu stellen, indem er auf demselben anmerken kann, daß er ihm gehöre [1]).

3) Daß bares Geld und auf den Ueberbringer lautende Schuldbriefe kein Gegenstand der Eigenthumsklage seyen, ist bloß Regel, von welcher der Schluß des §. die Ausnahme enthält, nähmlich: wenn der Kläger sein Eigenthumsrecht auszuweisen im Stande ist, welches der Fall seyn kann, wenn die Münzen noch in einem Sacke verschlossen, das Papiergeld in einem Umschlage eingewickelt, die Staatspapiere mit ihren Nummern angegeben werden u. s. w., und wenn dabey solche Umstände eintreten, aus den der Geklagte ohne auffallende Sorglosigkeit wissen mußte, daß er die Sache sich zuzuwenden nicht berechtiget sey. Dieses wäre also z. B. der Fall, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, wenn der Eigenthümer dem auf Ueberbringer lautenden Schuldscheine zur Warnung seinen Nahmen als wahren Eigenthümer eingeschaltet hat, oder wenn Geld in größerer Menge von unbekannten Personen, denen man das Eigenthum nicht zutrauen kann, an Gastwirthe, Trödler u. s. w. offenbar verschleudert worden.

4) Das römische Recht erleichtert dem Eigenthümer seinen im Allgemeinen schwierigen Beweis seines Eigenthumsrechtes dadurch, daß es demjenigen, dem daran gelegen ist, eine in fremdem Besitze befindliche Sache zu sehen, weil sie ihm abhanden gekommen ist, er daher wissen möchte, ob sie die seinige sey, und er sohin den Besitzer mit Grund belangen könne oder nicht, das Recht einräumet, zu verlangen, daß der Besitzer die Sache vorzeige, oder wenn er sich dessen dolose weigert, das Interesse prästire [2]). Die dießfällige Klage heißt: actio ad exhibendum. Sie wurde auch in das gallizische Gesetzbuch aufgenommen [3]), aber im gegenwärtigen Gesetzbuche ist sie übergangen. — Der Grund dieser Uebergehung ist, wie Herr Hof-

1) Siehe Gamners Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums 1. B., 3. Heft., XXVII.

2) Höpfner Commentar §. 1109.

3) II. Th., §. 39.

rath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, weil diese Klage nach strengen philosophischen Ansichten unhaltbar ist, indem dadurch der Kläger eine Einschränkung der natürlichen Freyheit des Besitzers, jeden von seinem Besitze auszuschließen, fordert, und sein Begehren auf ein Recht der unschädlichen Duldung stützet, das nach tiefen philosophischen Ansichten ein Unding ist. — Indessen werden sich in den meisten Fällen auch nach österreichischen Gesetzen dem Kläger Mittel eröffnen, um zu erforschen, ob er den Proceß mit Erfolg beginnen, und denselben mit Erfolg fortsetzen könne. Gewöhnlich ereignet sich der Fall einer Eigenthumsklage, wenn dem Eigenthümer die Sache entwendet, veruntreuet oder betrieglich abgelockt worden ist, oder wenn er sie verloren hat und von Jemanden gefunden worden ist, der sie entweder betrieglicher Weise für sich verwendet, oder dieselbe an einen Dritten veräußert hat. In allen diesen Fällen stehet es ihm ohnehin frey, bey der Strafbehörde die Anzeige zu machen, welche dann den Thatbestand Amtswegen zu erheben, und hiebey auch den Spuren, welche gegen den Thäter führen, nachzuforschen hat. Glaubt nun der Eigenthümer, daß sich die ihm auf diese Art und Weise entkommene Sache in den Händen eines Dritten befinde, so wird er hievon bey der untersuchenden Strafbehörde die Anzeige machen, welche in solchem Falle die Sache von dem Besitzer abfordern, und sie dem Anzeiger zur Recognoscirung vorlegen wird, damit im bejahenden Falle dem wahrscheinlichen Thäter näher nachgeforscht werden könne. Auch außer diesem Falle geben ihm die §§. 292 u. 293 der G. O. ein solches Mittel an die Hand, und es wird ihm gerade der Umstand, daß der Besitzer sich weigert, ihm die Sache zur Einsicht vorzuhalten, einen Anhaltspunct an die Hand geben, um die zur Einleitung der Sequestration nöthige Gefahr wahrscheinlich zu machen.

§. 372.

b) Eigenthumsklage aus dem rechtlich-vermutheten Eigenthume des Klägers. Gegen welchen Besitzer diese Vermuthung eintrete?

Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigenthumes einer ihm vorenthaltenen Sache

zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargethan hat; so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen, oder nur einen schwächern Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten.

§. 373.

Wenn also der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt, wenn er keinen, oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag, oder, wenn er die Sache ohne Entgeld, der Kläger aber gegen Entgeld erhalten hat, so muß er dem Kläger weichen.

1) Aus der Erläuterung des §. 369, wo auseinander gesetzt wurde, was bey Anstrengung der Eigenthumsklage dem Kläger zu beweisen obliege, ist ersichtlich, daß dieser Beweis in manchen Fällen mit ungemeinen Schwierigkeiten verknüpft, öfters aber auch ganz unmöglich zu liefern sey. — In Erwägung dessen sah sich auch der österreichische Gesetzgeber bewogen, eine zweyte Art Eigenthumsklage einzuführen, bey welcher ein strenger Beweis des Eigenthums nicht nothwendig hergestellt werden muß, sondern wo es genügt, solche Facta nachzuweisen, aus denen auf das Eigenthumsrecht des Klägers mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann. Er nennt sie deßhalb auch die Eigenthumsklage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthume des Klägers, und ist, mit Hinweglassung unnützer Spitzfindigkeiten, der römischen actio publiciana nachgebildet.

2) Vor Allem ist hier zu bemerken, daß, obschon in diesen beyden §§. nichts davon erwähnet ist, es doch in der Natur der Sache liege, daß der Kläger auch hier so, wie bey der eigentlichen Eigenthumsklage, den Beweis führen müsse, daß der Geklagte die eingeklagte Sache in seiner Macht habe, da sie,

wie die letztere nur gegen den Inhaber einer Sache angestrengt werden kann. In dieser Hinsicht gilt also hier das nähmliche, was oben §. 369 in diesem Betreff gesagt worden ist.

3) Außer dem Umstande, daß der Geklagte die eingeklagte Sache noch in seiner Macht habe, hat der Kläger noch zu erweisen: a) daß er auf eine echte Art in den Besitz der angesprochenen Sache gekommen sey, und b) daß sich sein Besitz auf einen solchen Titel gründe, welcher zur Uebernahme des Eigenthums, wenn solches dem Uebergeber gebührt hätte, hinlänglich gewesen wäre (§. 1461). — Echt ist der Besitz dann, wenn sich der Besitzer der Sache weder mit Gewalt, noch List bemächtiget, auch sich in den Besitz nicht heimlich eingeschlichen, und die Sache nicht etwa bloß bittweise erhalten hat (§§. 345 und 1464). Der Beweis der Echtheit wäre sohin ein negativer Beweis, da er lediglich darin bestehet, daß die Nichtexistenz bestimmter Facta dargethan werde, und sohin sind Einige, und besonders diejenigen, welche überhaupt dafür halten, daß nur die Existenz der Thatumstände ein Gegenstand der Beweisführung seyn könne, der Meinung, daß der Beweis der Echtheit des Besitzes nicht dem Kläger obliegen könne, sondern daß vielmehr dem Gegner darzuthun zustehe, wenn er vorgibt, daß der Kläger auf eine unechte Art in den Besitz der Sache gekommen sey. Auch v. Zeiller in seinem Commentar zu diesem §. Nr. 3 sagt ausdrücklich, „daß die Echtheit der Uebereinkommungsart, so wie die Redlichkeit, keines Beweises bedürfe."

Allein, wenn es auch gleich im Allgemeinen richtig ist, daß für die Echtheit des Besitzes eben so, wie für die Redlichkeit desselben, die Vermuthung streite, so scheinet von dieser allgemeinen Regel doch hier eine Ausnahme einzutreten, weil im gegenwärtigen §. ausdrücklich gesagt ist: „daß der Kläger den gültigen Titel und die echte Art, wodurch er zu dem Besitze der angesprochenen Sache gelangt ist, darthun müsse." — Zweifelt doch Niemand daran, daß der Kläger seinen gültigen Titel zeigen müsse, ungeachtet der §. 323 wörtlich ausspricht, daß der Besitzer einer Sache die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich habe. Es wäre auch nur Täuschung, wenn man glauben wollte,

daß der Beweis der Echtheit des Besitzes, weil er negativer Natur ist, schwer oder gar nicht herzustellen sey; denn wenn der Kläger überhaupt jene Thatumstände bezeichnet, durch welche er in den Besitz der Sache gelangt ist, so müssen diese Thatumstände schon an und für sich jene Merkmahle in sich begreifen, welche nothwendig sind, um beurtheilen zu können, ob der Besitz echt oder unecht sey.

4) Hat der Kläger den gültigen Titel und die echte Uebereinkommungsart in seinen Besitz dargethan, so hängt der Ausgang des Streites von den Gegengründen des Geklagten und ihren Verhältnissen zu den Gründen des Klägers ab. Es fällt in die Begriffe, daß das Klagrecht des Vindicanten in allen Fällen vernichtet werde, in welchen der Geklagte darthun kann, daß die angesprochene Sache in sein (des Geklagten) Eigenthum übergegangen sey. Außer diesem Falle aber kommt es lediglich auf die Beschaffenheit der Rechtsgründe an, welche der eine oder andere Theil für seine Sache aufzuführen hat; sind die des Klägers überwiegender, so wird ihm die Sache zugesprochen, sind aber die des Geklagten stärker, oder von gleichem Gewichte, wie die des Klägers, so muß sie dem Geklagten belassen werden (in pari causa melior est conditio possidentis).

Ich will nun hier versuchen, jene Momente anzugeben, in denen das Recht des Klägers stärker und überwiegender erscheint, als das des Geklagten.

5) Wenn der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt, muß er den Kläger, welcher den gültigen Titel und die echte Art, wie er in den Besitz gekommen ist, ausgewiesen hat, und gegen dessen Redlichkeit von Seite des Geklagten gleichfalls keine standhafte Einwendung vorgebracht werden kann, den Vorzug einräumen; denn ein unechter oder unredlicher Besitzer kann gegen denjenigen, der die Sache auf eine redliche Art erworben hatte, und dem seiner Redlichkeit wegen das Gesetz eine freye Verfügung über die Sache zugesteht, auf einen gerichtlichen Schutz seines Besitzes keinen Anspruch machen (v. Zeillers Commentar §. 373 Nr. 1).

6) Der Geklagte muß ferner den Ansprüchen des Klägers weichen, wenn er keinen Vormann anzugeben vermag. In den meisten Fällen, wo der Geklagte seinen Vormann nicht anzugeben vermag, wird ihm auch der Beweis eines gültigen Titels mangeln, und mangelt ihm dieser, so ist er als ein unrechtmäßiger Besitzer anzusehen, weil für die Rechtmäßigkeit des Besitzes nicht so, wie für die Redlichkeit desselben die Vermuthung streitet, sondern die Rechtmäßigkeit des Besitzes von demjenigen, der sich darauf beruft, dargethan werden muß. Sollte aber der Geklagte dessenungeachtet den gültigen Titel nachweisen können (wenn er z. B. durch Zeugen darthut, daß er die Sache von Jemanden gekauft habe, den aber er und die Zeugen nicht kannten), so muß er dennoch dem Kläger weichen, weil, wenn er auch nicht als unredlicher Besitzer anzusehen ist (ich fühle, daß ich in meiner Abhandlung über den Beweis der Eigenthumsklage gegen einen solchen Besitzer zu strenge verfahren bin [1]), doch billig demjenigen zurücksteht, der seinen Vormann anzugeben vermag, und dadurch den andern Theil in den Stand setzt, beurtheilen zu können, mit welcher Wahrscheinlichkeit auf das erlangte wirkliche Eigenthum geschlossen werden kann.

7) Auf gleiche Art muß der Geklagte den Kürzeren ziehen, wenn er seinen Vormann zwar anzugeben vermag, derselbe jedoch verdächtig ist, daß ihm die übergebene Sache nicht eigenthümlich angehörte. Sind die gegen ihn obwaltenden Verdachtsgründe von der Art, daß sie dem Geklagten selbst auffielen oder auffallen mußten, so erscheint er hier gleichfalls wieder als unredlicher Besitzer, und es ist ganz natürlich, daß er hier den Ansprüchen des redlichen und rechtmäßigen Besitzers weichen müsse. Aber auch selbst in dem Falle, als die gegen den Ueberträger sich darstellenden Verdachtsgründe demselben ganz unbekannt geblieben wären, und sohin derselbe als redlicher Besitzer angesehen und behandelt werden müßte, muß er doch, nach dem Ausspruche des gegenwärtigen §., den Ansprüchen des Klägers unterliegen; denn der §. redet allgemein von einem *verdächtigen*

1) Wagner'sche Zeitschrift 1825, III. Heft, Seite 157 — 159.

Vormanne, ohne Unterschied, ob der Geklagte von den Verdachtsgründen eine Kenntniß habe oder nicht. Der Grund ist der: der Besitz soll hier eine Art Beweismittel seyn, das Eigenthum einer Sache darzuthun. Der Gesetzgeber will, daß derjenige Besitzer der Sache seyn solle, für welchen mehrere oder stärkere Vermuthungsgründe vorhanden sind, daß die Sache wirklich sein Eigenthum sey. Hat nun Jemand, obgleich auf rechtmäßige und redliche Weise, eine Sache von einer Person an sich gebracht, von der aus den erhobenen Umständen wahrscheinlich ist, daß die übertragene Sache ihr Eigenthum nicht sey, so muß es gleichfalls wahrscheinlich seyn, daß der gegenwärtige Besitzer nicht Eigenthümer derselben Sache sey, wogegen auf Seite des Klägers vielmehr die entgegengesetzte Vermuthung vorhanden ist, und sohin ist auch die Rechtsfolge ganz natürlich, daß der Geklagte dem Kläger weichen müsse.

8) Weiset der Kläger aus, daß er die Sache, die er in Anspruch nimmt, auf eine entgeldliche Art überkommen habe, und stützt sich die Erwerbung des Geklagten nur auf einen lucrativen Titel, so muß dieser gleichfalls dem erstern weichen. Bey der eigentlichen Eigenthumsklage kömmt es auf die Art der Erwerbung, ob sie unentgeldlich oder entgeldlich ist, gar nicht an; wer beweiset, daß er das wirkliche Eigenthum einer Sache, obschon durch einen lucrativen Titel, an sich gebracht hat, hat immer den Vorzug vor dem, welcher die Sache gegen Entgeld an sich gebracht hat, aber nicht darthun kann, daß er auch wirklicher Eigenthümer der Sache geworden sey, und darum kann auch im vorliegenden Falle der Kläger gegen den Geklagten nicht auslangen, wenn dieser darthut, daß ihm die Sache von dem wahren Eigenthümer geschenkt worden sey. Allein wenn auf beyden Seiten gleiche Wahrscheinlichkeitsgründe, daß das Streitobject das Eigenthum eines der streitenden Theile sey, vorhanden sind, so ist es billig, daß der Gesetzgeber denjenigen, der in Gefahr steht, einen wirklichen Verlust an seinem Vermögen zu erleiden, mehr in Schutz nehme, als denjenigen, bey dem es sich nur um Entgang eines Gewinnes handelt (in pari causa me-

lior est conditio ejus, qui certat de damno vitando, quam de lucro captando). Auch ist, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerket, die Sicherheit der Handhabung des eigentlichen Verkehrs (gegen Entgeld) für den Staat ungleich wichtiger, als jene der unentgeldlichen Verträge.

9) Es scheint kein gegründeter Zweifel zu seyn, daß die von dem Gesetzgeber ausdrücklich hier angeführten Fälle, wann dem Kläger gegen den Besitzer der Vorzug einzuräumen sey, nur beyspielsweise aufgeführt worden sind, da der §. 372 ganz allgemein ausspricht, daß derjenige, welcher den gültigen Titel und die echte Art, wie er zum Besitze einer Sache gelangt ist, darzuthun im Stande ist, gegen jeden Besitzer, der keinen, oder nur einen schwächeren Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten werde, und der §. 373 nur eine Folgerung aus diesem allgemein aufgestellten Grundsatze enthält, wie die Anfangsworte desselben „wenn also" deutlich anzeigen. Es wirft sich daher hier vor Allem die Frage auf, wann man sagen könne, daß der Kläger einen stärkern Titel seines Besitzes habe, als der Geklagte? — Diese Frage glaube ich mit Folgendem beantworten zu müssen.

A. Der Titel des Klägers ist stärker, wenn derselbe mehrere Wahrscheinlichkeitsgründe in sich enthält, daß die angesprochene Sache das Eigenthum desselben sey, als für diese Behauptung auf der Seite des Geklagten stehen.

B. Sind die Wahrscheinlichkeitsgründe auf beyden Seiten gleich, so entscheidet der Umstand, ob es sich auf Seite des Klägers um Vermeidung eines wirklichen Schadens, dagegen von Seite des Geklagten nur um Gewinnung eines Vortheils handle oder nicht; im ersten Falle wird das Recht des Klägers für das stärkere gehalten.

In der hier begründeten Voraussetzung, daß der Gesetzgeber nur die vorzüglichsten Fälle, in welchen dem Kläger der Vorzug einzuräumen ist, aufgeführt hat, ohne dadurch andere ähnliche Fälle auszuschließen, will ich nun einige solche Fälle anführen und zu entscheiden versuchen.

10) Wenn der Kläger außer dem Rechtstitel, wodurch er die Sache überkommen hat, auch noch den Rechtstitel seines Vormannes nachzuweisen vermag, so kommt ihm in diesem Falle ein Vorzug vor dem Geklagten zu, welcher nur seinen eigenen Titel, nicht auch den seines Vormannes, zu zeigen vermag. Denn aus der Anordnung des §. 372, in Verbindung mit der Marginalrubrik, läßt sich mit Grund behaupten, daß der Gesetzgeber denjenigen, welcher einen gültigen Titel, wie er zum Besitze einer Sache gelangt ist, auszuweisen vermag, im Verhältnisse zu jenem, welcher den Titel nicht darthun kann, für den wahren Eigenthümer halte. Setzen wir nun den Fall: A klage den B auf Zurückgabe eines Pferdes, und stütze seine Klage auf den Umstand, daß er das in Rede stehende Pferd von dem C gekauft habe, und ihm dasselbe von C übergeben worden sey; B hingegen führe zur Vertheidigung an, und stütze seine Angabe auf Beweise, daß er das angesprochene Pferd von D gekauft habe. In diesem Falle haben der Kläger und der Geklagte einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, und es gebühret daher dem Geklagten, kraft des Besitzes, der Vorzug. Nehme man aber an, daß A im Stande wäre, zu erweisen, der C, von dem er das Pferd an sich gebracht habe, sey wirklicher Eigenthümer des Pferdes gewesen; in diesem Falle hätte er den wirklichen Beweis seines Eigenthums hergestellt, und der Kläger müßte daher aus dieser Ursache den Sieg erringen, weil er durch den Kauf das nähmliche Recht auf die Sache erlangt hat, welches dem C zugekommen ist, nähmlich das Eigenthumsrecht. Gehen wir nun auf den Fall über, daß A in seiner Klage darthut, er habe das Pferd von C, und dieser es von E erkauft, der Geklagte B aber nur zu zeigen vermag, daß er das Pferd von D gekauft habe, ohne angeben zu können, von welcher Person der D das Pferd erhalten habe, so muß, nach meiner Ueberzeugung, die Vermuthung dafür sprechen, daß A der wirkliche Eigenthümer des Pferdes sey; denn indem der A den gültigen Titel seines Vormannes gezeigt hat, welches B nicht vermochte, hat er eben dadurch dargethan, daß sein Vormann C, in Bezug auf den D für den wahren Eigenthümer gehalten wer-

den müsse, und folglich auch erwiesen, daß er das Pferd von dem vermuthlichen Eigenthümer erhalten habe. Da nun der C seine eigenen Rechte auf die Sache an den A übertragen hat, so ist auch das Recht auf diesen übergegangen, in Rücksicht auf den D, und da des Letzteren Rechte auf den B übertragen wurden, hinsichtlich dieses B als der wahre Eigenthümer angesehen zu werden. Ganz das umgekehrte Resultat würde der Fall nach sich ziehen, wenn der Vormann des C, nähmlich der E, eine verdächtige Person wäre, von der es wahrscheinlich ist, daß sie die Sache, die sie an den C übertragen hat, nicht als ihr Eigenthum im Besitz hatte; denn, wenn es unwahrscheinlich ist, daß E der Eigenthümer der Sache war, so muß es gleichfalls unwahrscheinlich seyn, daß A der Eigenthümer der Sache sey, da sein Recht bloß ein abgeleitetes ist, folglich ihm kein mehreres Recht gebühren kann, als demjenigen, von dem er sein Recht abgeleitet hat.

11) Wenn einer aus beyden streitenden Theilen einen verdächtigen, der andere aber keinen Vormann angibt (vorausgesetzt, daß letzterer dessenungeachtet die Rechtmäßigkeit seines Besitzes ausweiset), so scheinet dem letztern der Vorzug zu gebühren; denn derjenige, welcher einen gültigen Titel und die echte Art, wodurch er zum Besitze einer Sache gelangt ist, darzuthun vermag, wird, wenn er auch seinen Vormann zu benennen, oder beweisend aufzuführen nicht vermag, im Allgemeinen, und ohne die Gegengründe des andern Theiles in Erwägung zu ziehen, für den wahren Eigenthümer gehalten. Dieses scheint aber von demjenigen, welcher einen verdächtigen Vormann angibt, nicht behauptet werden zu können; denn unter einem verdächtigen Vormanne kann nur ein solcher verstanden werden, von welchem wahrscheinlich ist, daß die übertragene Sache sein Eigenthum nicht war, und da derjenige, welcher von diesem Vormanne sein Recht ableitet, doch kein mehreres Recht haben kann, als derjenige, von dem das Recht abgeleitet worden ist (§. 442), so folgt ganz natürlich daraus, daß in diesem Falle die Vermuthung für das Nichteigenthum desjenigen streite, welcher die Sache von einem verdächtigen Vormanne an sich gebracht hat.

12) Eine weitere Frage entsteht: ob in dem Falle, als beyde die im Streit begriffene Sache gegen Entgeld an sich gebracht haben, der Kläger aber mehr Geld für die Sache ausgelegt hat, als der Geklagte, der erstere nicht dadurch einen Anspruch auf die Sache machen könne, wenn er sich in Bereitschaft setzet, dem Geklagten den ausgelegten Betrag zu vergüten? — Setze man z. B. den Fall: A habe ein Pferd um 100 Ducaten gekauft, welches ihm plötzlich abhanden gekommen ist; er findet dieses Pferd bey B, welcher aber darzuthun im Stande ist, dasselbe gleichfalls entgeldlich, jedoch nur gegen einen Preis von 80 Ducaten an sich gebracht zu haben; nun biethet sich der A an, den B zu entschädigen, und ihm die ausgelegten 80 Ducaten zu erstatten, fordert aber dagegen das Pferd zurück, sich darauf stützend, daß es sich nun bey ihm um Hintanhaltung eines wirklichen Schadens — bey dem Gegner hingegen, da er ihm den ausgelegten Betrag vergütet, lediglich um Erlangung eines Gewinnes handle, in welchem Falle ihm (A) der Vorzug gebühren müsse. Ich glaube, daß im vorliegenden Falle der A das Kürzere ziehen müßte; denn bey der uneigentlichen Eigenthumsklage handelt es sich lediglich darum, wer aus beyden streitenden Theilen einen stärkern Titel seines Besitzes aufzuweisen habe. Der Titel des Besitzes selbst ist aber im vorliegenden Falle, da beyde Theile die Sache gegen Entgeld an sich gebracht haben, und die übrigen Eigenschaften des Besitzes als gleich vorausgesetzt werden, bey beyden Theilen gleich stark, und sohin ist der B dem A zu weichen nicht schuldig. — Es wird wohl Niemanden zu behaupten einfallen, daß dem A schon darum ein stärkerer Titel des Besitzes zukomme, als dem B, weil er die Sache, um die es sich hier handelt, theurer an sich gebracht hat, als der B, daher es sich bey dem A um Vermeidung eines größern Schadens handle, als bey dem B; denn daß die Größe des um die Sache gegebenen Entgeldes nicht die Stärke des Titels bestimme, gehet aus dem wörtlichen Inhalte des gegenwärtigen §. hervor, da in demselben dem Kläger nur dann ein stärkerer Titel zuerkannt ist, wenn er die Sache gegen Entgeld erhalten hat, der Geklagte die-

selbe aber ohne Entgeld (folglich nicht bloß gegen ein geringeres Entgeld) bekommen hat.

13) Wem gebührt der Vorzug, wenn der Kläger und der Geklagte den Titel ihres Besitzes von einer und der nähmlichen Person ableiten? — Ich glaube, daß hier der spätere Besitzer demjenigen weichen müsse, dem die Sache zuerst tradirt wurde; denn wäre derjenige, von dem sie die Sache an sich gebracht haben, der wirkliche Eigenthümer gewesen, so kann kein Zweifel seyn, daß derjenige, dem zuerst die Sache übergeben wurde, durch diese Uebergabe wirklicher Eigenthümer der Sache geworden sey (§. 425); ist derselbe aber wirklicher Eigenthümer geworden, so konnte von dessen Vormanne dieses Eigenthum nicht wieder an einen Dritten übertragen werden; bey der uneigentlichen Eigenthumsklage ist zwar nicht erwiesen, aber es wird vermuthet, daß derjenige, von welchem der Kläger und der Geklagte gemeinschaftlich den Titel ihres Besitzes herleiten, der wirkliche Eigenthümer der übertragenen Sache gewesen sey, und es muß daher, wenn es sich lediglich um die Rechte zwischen den beyden streitenden Theilen handelt, die Streitsache auch ganz so angesehen werden, als ob hier von einem wirklichen, und nicht bloß vermeintlichen Eigenthume die Rede wäre.

14) Wenn dem Kläger, der diese so betitelte publicianische Klage anstellet, zuerkannt wird, so ist er in so lange, als kein Anderer das wirkliche Eigenthumsrecht, oder wenigstens ein stärkeres Recht auf dieselbe ausweiset, für den wahren Eigenthümer zu halten. Uebrigens sind die Rechte und Verbindlichkeiten des Klägers und des Geklagten in Ansehung der Substanz, der Früchte und des gemachten Aufwandes, aus den §§. 329 — 336 zu entnehmen.

15) Kann derjenige, durch dessen Schuld eine fremde Sache verloren ging, und welcher daher dem Eigenthümer den Werth derselben bezahlt hat, in dem Falle, als sie nachher wieder in des Eigenthümers Hände kömmt, die eine oder andere Eigenthumsklage gegen letzterern anstrengen? — Nach römischem Rechte ist diese Frage zu bejahen, weil in selbem angenommen wird, daß dieser durch Annahme des Werthes die Sache an

den jetzigen Kläger verkauft habe. Allein dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches wäre dieses nicht entsprechend; denn in dem, daß sich derjenige, dessen Sache aus Verschulden eines Andern in Verlust gerathen ist, den Werth bezahlen ließ, ist keineswegs eine stillschweigende Erklärung enthalten, daß er nunmehr das Eigenthum der in Verlust gerathenen Sache dem Entschädiger für alle Fälle überlassen wolle. Dieser Grundsatz ist §. 980 ausdrücklich auf den Entlehner angewendet, welcher das Lehnstück verloren, und den Werth erlegt hat, und ist gewiß auf alle übrigen ähnlichen Fälle zu beziehen, da hierüber kein anderes, das Gegentheil verfügendes allgemeines Gesetz vorhanden ist, und die im §. 980 ausgesprochene Anordnung auch mit dem Geiste anderer Gesetze in vollkommener Harmonie steht, wie bey Erläuterung desselben gezeigt werden wird.

16) Demnach ist, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat, das dem Kläger zuerkannte Eigenthum kein immerwährendes und unbestreitbares (peremtorisches), sondern nur ein vermeintes und zeitliches provisorisches Eigenthum, welches auf einem festeren Grunde, als das bloße Besitzrecht beruhet. Indessen gehöret diese Klage, wie man glauben könnte, doch nicht zu den bloß possessorischen Rechtsmitteln; sie ist ein Surrogat der wirklichen Eigenthumsklage, und unterscheidet die letztere nur dadurch, daß hier das Gesetz durch Feststellung bestimmter Vermuthungsgründe von dem lästigen Beweise befreyet, der bey der eigentlichen Eigenthumsklage zu liefern ist. — Es ist daher auch kein Zweifel, daß sich auch der wirkliche Eigenthümer dieser Klage bedienen kann, wenn er mit der eigentlichen Eigenthumsklage nicht auszureichen befürchtet, oder dieselbe ihm mit zu vielen Umtrieben und Kosten verbunden zu seyn dünket. Hat er aber einmahl diese Klage gewählt und anhängig gemacht, so ist, nach meiner Ueberzeugung, die Frage, ob er, wenn er sieht, daß der Geklagte stärkere Rechtsgründe wider ihn geltend macht, zur eigentlichen Eigenthumsklage übertreten dürfe, und ob er auch dieses nach bereits geschöpftem Erkenntnisse thun dürfe, ganz nach den Vorschriften der Gerichtsordnung, welche von der Aenderung des Klagebe-

gehrens und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand handeln, zu beantworten. — Eben so muß der Geklagte, wenn er zur Zurückgabe der Sache verhalten wird, im Falle er in der Folge dieselbe durch Anbringung der eigentlichen Eigenthumsklage wieder zurück fordern will, um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das bereits geschöpfte Erkenntniß ansuchen, denn unter den Einwendungen, die derselbe der gegen ihn angestrengten publicianischen Klage hätte entgegensetzen können und entgegensetzen sollen, wäre auch die gewesen, daß die Sache wirklich sein Eigenthum geworden sey; denn der Geklagte ist, nach Vorschriften der G. O., alle Einwendungen, wodurch er sich gegen den klägerischen Anspruch zu schützen glaubet, auf ein Mahl vorzubringen schuldig, und er ist nicht befugt, einen Thatumstand, den er in der Einrede hätte vorbringen sollen, ohne vorher erwirkter Restitution, als Grundlage einer neuen Klage zu gebrauchen. Die in der eigentlichen Eigenthums- und in der publicianischen Klage gestellten Bitten laufen nach dieser G. O. auf eines und dasselbe hinaus, nähmlich auf Zuerkennung des Eigenthums; nur in der Begründung ihres Anspruches unterscheiden sie sich, indem der eigentlichen Eigenthumsklage Beweise zum Grunde liegen müssen, bey der publicianischen aber bloße, vom Gesetze angenommene Vermuthungsgründe hinreichen. Das Urtheil wird in einem oder dem andern Falle dahin lauten, dem Kläger gebühre das Eigenthum, und der Geklagte sey in Folge dessen ihm diese Sache auszufolgen schuldig, und so umgekehrt.

§. 374.

Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besitzes, so gebühret dem Geklagten, kraft des Besitzes, der Vorzug.

Diese Anordnung stützt sich ganz auf den natürlichen Grundsatz, daß, wenn zwey entgegenstreitende Kräfte sich gegen einander aufheben, eine Veränderung nicht erfolgen könne. Um so weniger ist dieses der Fall, wenn die angreifende Kraft schwächer als die angegriffene ist.

§. 375.

Wer eine Sache in fremdem Nahmen besitzt, kann sich gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen, daß er seinen Vormann nahmhaft macht, und sich darüber ausweiset.

1) Die Eigenthumsklage (sowohl die eigentliche, als die aus dem vermutheten Eigenthume entspringende) wird der Regel nach gegen den Inhaber angestrengt (§. 366), da der Vindicant nicht wissen kann, oder zu wissen verpflichtet ist, ob sie der Inhaber in eigenem oder in fremdem Nahmen in seiner Gewahrsame habe. Indessen kann dem bloßen Inhaber, der die Sache nur im Nahmen eines Anderen, oder aus einem anderen als dem Eigenthumsrechte in Verwahrung hat, z. B. dem Entlehner, Pfandgläubiger u. s. w., nicht aufgebürdet werden, einen Rechtsstreit abzuführen, an dessen Ausgange er kein unmittelbares Interesse hat. Wird daher gegen ihn eine Eigenthumsklage angebracht, so ist er berechtigt, selbe mit der Anzeige zurück zu legen, daß er diese Sache nicht in seinem eigenen, sondern in fremdem Nahmen inne habe. Jedoch muß er bey dieser Zurücklage zugleich seinen Vormann nahmhaft machen, und sich auch darüber ausweisen, damit der Vindicant in die Lage gesetzt werde, seine Vindicationsklage gehörigen Ortes anbringen zu können, um nicht zum zweyten Mahle eine zweckwidrige Handlung zu unternehmen. — Mit einer bloßen Nahmhaftmachung, ohne alle Ausweisung, begnügt sich das Gesetz nicht. — Unterläßt er diese Vorsicht, so muß er es sich selbst zuschreiben, wenn er dadurch in Proceßkosten verfällt; auch ist er, wenn in der Folge der eigentliche Besitzer die Klage erfährt, und die zur Bewahrung seines Besitzes nöthigen Rechtsmittel ergreift, dem Kläger für allen aus dieser Verzögerung, so wie auch dem Vormann, wenn dessen Besitz auf diese Art und Weise verloren geht, entstandenen Schaden verantwortlich. Daß durch diesen von dem Kläger behaupteten Streit das Recht des Vormannes nicht verloren gehe fällt in die Begriffe.

2) Nur entsteht die Frage, ob der Vindicant, der auf diese Art und Weise in den Besitz der Sache gekommen ist, dem früheren Besitzer sein Besitzrecht, ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht, abtreten müsse? — Die Beantwortung dieser Frage ist wichtig. Setzen wir z. B.: A belange den B auf Herausgabe der in seiner Gewahrsame befindlichen Sache, indem er sich in seiner Klage ausweiset, dieselbe von C gekauft zu haben, und siegt in dem darüber geführten Rechtsstreite ob. Hätte A die Klage gegen den eigentlichen Besitzer D anbringen müssen, so würde er den Proceß verloren haben, weil, wie hier angenommen wird, sich der D hätte ausweisen können, daß er die Sache von E gekauft habe. Kann nun der D nicht gleich die Zurücksetzung in die vorige Lage verlangen, so muß er nunmehr gegen den B als Kläger auftreten, und er muß in diesem Processe wieder das Kürzere ziehen, weil er, Kläger, und der Geklagte einen gleich starken Titel für sich haben, in welchem Falle dem letzteren, kraft des Besitzes, der Vorzug gebührt. — Diesen Nachtheil scheint sich nun allerdings der D gefallen lassen zu müssen, da A auf eine echte Art zum Besitze gelangt ist, und nur gegen den unechten Besitzer die Zurücksetzung in die vorige Lage Statt findet.

3) Wie soll sich aber der Inhaber dann verhalten, wenn er nicht im Stande ist, auf der Stelle auszuweisen, in wessen Nahmen er die Sache inne habe? — In diesem Falle wäre sich ohne Zweifel nach der Analogie des §. 348 zu benehmen, und der Inhaber hätte sohin die Sache der Gewahrsame des Richters oder eines Sequesters anzuvertrauen, und der Richter zur Bewahrung der Rechte des abwesenden oder unbekannten Besitzers einen Curator aufzustellen. Daß der Inhaber hier zur Depositirung oder der Uebergabe der in Streit befindlichen Sache in die Sequestrirung berechtiget sey, ergibt sich auch aus Folgendem: Ist der Inhaber Verwahrer, so ist entweder die Verwahrungszeit bestimmt oder nicht. Ist das letztere der Fall, so steht es ohnehin zu jeder Zeit in dem Belieben desselben, die Sache wieder dem eigentlichen Besitzer zurückzustellen, oder, im Falle dieses nicht möglich ist, die gerichtliche Verwahrung zu begeh-

ren (§§. 963 und 1428); ist aber die Verwahrungszeit bestimmt, und selbe noch nicht abgelaufen, so ist der Verwahrer selbst vor der Zeit zur Zurückstellung berechtigt, wenn ihn ein unvorgesehener Umstand außer Stand setzt, die Sache ohne seinen eigenen Nachtheil zu verwahren (§. 962), welcher Fall hier eintritt. Ist der Inhaber ein Entlehner, so kann er gleichfalls die Sache zu jeder Zeit zurückgeben (§. 977); ist er Pfandgläubiger, so liegen ihm vor der Verfallszeit die Pflichten eines Verwahrers ob (§. 459), und er ist, in Bezug auf die Berechtigung, sein Pfand zurückzustellen, nach diesen Grundsätzen zu behandeln; und eben so verhält es sich auch mit dem Fruchtnießer.

§. 376.

Gesetzliche Folge: a) der Abläugnung des Besitzes;

Wer den Besitz einer Sache vor Gericht läugnet und dessen überwiesen wird, muß dem Kläger deßwegen schon allein den Besitz abtreten; doch behält er das Recht, in der Folge seine Eigenthumsklage anzustellen.

1) Damit die hier angedrohte Civilstrafe in Vollzug gesetzt werden könne, fordert der gegenwärtige §. erstens: daß der Geklagte die Sache nicht nur in seiner Gewahrsame, sondern im Besitze habe, denn sonst könnte von keiner Abtretung des Besitzes die Rede seyn, und eine bloße Abtretung der Innehabung könnte in vielen Fällen wohl für den Besitzer, aber nicht für den Inhaber, eine Strafe seyn. — Soll aber die Abläugnung der bloßen Innehabung für den Inhaber keine nachtheiligen Folgen nach sich ziehen? — Allerdings! Denn läugnet der Inhaber seine Innehabung, und wird er derselben überwiesen, so kömmt es darauf an, ob er sich nach hergestelltem Beweise nach der Vorschrift des §. 375 benimmt oder nicht. Benimmt er sich nach derselben, so ist er dem Vindicanten für den Schaden, den dieser durch diese muthwillig verursachte Verzögerung leidet, verantwortlich; thut er dieses nicht, dann muß gegen ihn, wie gegen den Besitzer selbst verfahren werden.

und er unterzieht sich dadurch der Verantwortlichkeit gegen den eigentlichen Besitzer.

2) Das zweyte Erforderniß ist, daß er, um den Streit abzulehnen, entweder die Gewahrsame ausdrücklich in Abrede stelle, oder doch vorgebe, daß ihm kein Besitzrecht zukomme. Im letzteren Falle rechtfertigt sich die in dem gegenwärtigen §. auf das Verläugnen des Besitzes angedrohte Strafe von selbst, da derjenige, der auf einer Seite sein Recht in Abrede stellt, auf der anderen Seite offenbar sich eine Ausübung dieses Rechtes nicht anmaßen kann.

3) Das Abläugnen muß vor Gericht geschehen. Dieses ist nun nicht leicht anders gedenkbar, als daß der Besitzer die ihm zugestellte Klage damit beantworte, gegen ihn gebühre dem Kläger kein Klagerecht, weil er die Sache nicht besitze. Thut er nun dieses, so muß dem Kläger frey stehen (was sohin in diesem Falle nur in der Replik geschehen kann), ihn der Unwahrheit zu überweisen, und seine Bitte dahin zu modificiren, daß der Geklagte nunmehr, ohne Rücksicht auf ein besseres Recht, angehalten werde, seinen Besitz abzutreten.

4) Die Folge dieser Verläugnung ist der Verlust des Besitzes, wodurch der Geklagte genöthiget wird, künftig zur Erlangung seines Rechtes mit der Eigenthumsklage aufzutreten. Daß er übrigens nur mehr die eigentliche Eigenthumsklage anbringen könne, und des Rechtes, aus dem vermutheten Eigenthume zu agiren, verlustig werde, ist nicht angeordnet, denn auch die uneigentliche Eigenthumsklage ist doch immer eine Eigenthumsklage.

§. 377.

b) des vorgegebenen Besitzes;

Wer ein Sache, die er nicht besitzt, zu besitzen vorgibt, und den Kläger dadurch irre führt, haftet für allen daraus entstehenden Schaden.

Dieser Fall kann sich auf zweyfache Art ergeben: wenn nähmlich der Geklagte die Sache nicht einmahl in seiner (mittelbaren oder unmittelbaren) Gewahrsame hat; — dann, wenn

er bloßer Inhaber, und kein Besitzer ist, und es macht hier keinen Unterschied, ob das Vorgeben vor Gericht, oder außer demselben geschehe.

§. 378.

c) des aufgegebenen Besitzes der streitigen Sache.

Wer eine Sache im Besitze hatte, und nach zugestellter Klage fahren ließ, muß sie dem Kläger, wenn dieser sich nicht an den wirklichen Inhaber halten will, auf seine Kosten zurück verschaffen, oder den außerordentlichen Werth derselben ersetzen.

1) Der redliche Besitzer kann, vermöge seines Rechtes (§. 329), vor zugestellter Klage die Sache, die er besitzt, ganz ohne Verantwortung brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen, sie daher auch, da das Mindere in dem Mehreren enthalten seyn muß, veräußern. Nur der unredliche Besitzer bleibt dem Eigenthümer für jeden aus seinen Handlungen entstehenden Nachtheil, auch vor der angestrengten Klage, gegen ihn verantwortlich.

2) Aber *nach zugestellter* Klage haftet auch der ursprünglich *redliche* Besitzer dem Eigenthümer (§. 338); insbesondere ist es ihm verwehrt, die in Streit gezogene Sache zu veräußern, oder wohl gar zu vertilgen. — Hat er dessenungeachtet die Sache hintan gegeben, so hat der Kläger, respective Eigenthümer, die Wahl, ob er sich an den wirklichen gegenwärtigen Inhaber halten, und die Sache (mit Vorbehalt der weiteren Schadenersatzforderung an den früheren Besitzer) von ihm zurückfordern, oder ob er sich an den früheren Besitzer wenden, und denselben verhalten wolle, ihm entweder die Sache auf seine Kosten zurück zu verschaffen, oder, in so fern er dieses nicht thun könnte oder wollte, den außerordentlichen Werth derselben zu ersetzen. — Hier ist also der ursprünglich selbst redliche Besitzer strenger gehalten, als sonst der unredliche, indem letzterer nur dann, wenn sein Besitz sich auf eine im Strafgesetzbuche verpönte Handlung gründet, zur Erstattung des außerordentlichen Preises verbunden

ist. Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt dabey, daß der Eigenthümer im letzteren Falle dem Geklagten sein Recht abtreten müsse (§. 1392), weil das Gesetz nur beabsichtiget, daß er seine volle Schadloshaltung erlangen, nicht aber, daß er, nebst dem außerordentlichen Werthe, mittelst des vorbehaltenen Anspruches wider den Besitz, zugleich die Sache zurück erhalten, und sich mit dem Schaden des Geklagten bereichern solle. Allein dem Geklagten wird eine solche Abtretung wenig nützen, indem er dessenungeachtet nicht so, wie der Eigenthümer, die Sache von dem gegenwärtigen Inhaber zurückfordern kann (§. 366). Daß der Eigenthümer dadurch, daß ihm der Werth vergütet worden ist, keinen weiteren Anspruch mehr auf die Sache selbst habe, ist vollkommen richtig; allein es scheint einer ordentlichen Abtretung nicht zu bedürfen, um seiner Zeit einen solchen ungegründeten Anspruch hintan weisen zu können.

3) Die Anordnung des gegenwärtigen §. setzt jedoch voraus, daß der Kläger sein wirkliches oder vermuthetes Eigenthum auf die Sache ausweise, und man würde sehr irrig daran seyn, wenn man glauben wollte, daß die widrige Folge, welche das Gesetz hier mit dem nach zugestellter Klage aufgegebenen Besitze verbindet, schon ipso facto, und ohne Rücksicht auf das stärkere Recht des Geklagten, eintrete. Denn der redliche Besitzer ist nur dann, von dem Zeitpuncte der zugestellten Klage an, als ein unredlicher Besitzer zu behandeln, wenn er durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurtheilt wird (§. 338); der gegenwärtige §. setzt also das stärkere Recht des Klägers hier offenbar voraus. Ist der Fall nicht vorhanden, daß die Sache für den Eigenthümer einen außerordentlichen Werth habe, so ist es, zur Vermeidung eines neuen Processes, räthlich, daß der Eigenthümer seine Klage immer zugleich alternative stelle, nähmlich auf Zurückverschaffung in natura, oder Vergütung des Werthes, weil in dem Falle, als er seine Bitte nur auf das erstere beschränkt, und sie dann, wenn es zur Execution kömmt, wirklich nicht mehr vorhanden ist, der Eigenthümer gezwungen ist, den Proceß wieder von vorne zu beginnen.

§. 379.

Was der Besitzer dem Eigenthümer erstatte.

Was sowohl der redliche als unredliche Besitzer dem Eigenthümer, in Ansehung des entgangenen Nutzens oder des erlittenen Schadens, zu ersetzen habe, ist in dem vorigen Hauptstücke bestimmt worden.

In dem vorigen Hauptstücke sind auch die Bestimmungen enthalten, in wie fern der Eigenthümer zum Ersatz des Aufwandes verpflichtet werde (§§. 329 — 336). Der Kläger kann seine Schadenersatzforderungen entweder gleich mit der Eigenthumsklage verbinden, oder, da sich gewöhnlich erst nach Zurückstellung der Sache der eigentliche Schade zeiget, sich dieselben vorbehalten.

Drittes Hauptstück.

Von der Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung.

§. 380.

Rechtliche Erfordernisse der Erwerbung.

Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden.

1) Damit eine Sache, in der weitesten Bedeutung des Wortes, zur Existenz gelange, muß vor Allem die Möglichkeit hiezu vorhanden seyn. Denn was gar nicht möglich ist, kann niemahls wirklich werden; die Wirklichkeit setzt immer die Möglichkeit voraus. Darum ist ein altes philosophisches Axiom: ab esse ad posse valet conclusio. Diesen Grundsatz auf das Eigenthumsrecht angewendet, ergibt sich, daß, um ein Eigenthum zu erwerben, vorerst die Möglichkeit dazu vorhanden seyn müsse. Es muß also a) den physischen Naturgesetzen nicht widerstreiten, eine Sache dergestallt in seine Macht zu bringen, um über dieselbe ausschließend verfügen zu können; aus dem Grunde kann Niemand Eigenthümer der Luft, des Sonnenlichtes u. s. w. werden; es muß aber auch b) dem Rechtsgesetze nicht zuwiderlaufen, über eine Sache nach Belieben, mit Ausschließung Anderer, zu verfügen. Diese rechtliche Möglichkeit, oder vielmehr der nächste Grund, woraus die Erwerbung sich rechtfertigen läßt, nennt man Rechtsgrund oder Titel. Hiernach ist klar, daß ohne Titel kein Eigenthum erlangt werden kann.

2) Weil aber nicht jede mögliche Sache auch schon wirklich vorhanden seyn muß, sondern hiezu eine besondere Art erfordert wird, die sie aus dem Reiche der Möglichkeit in das der Wirklichkeit versetzt, so ist dieses auch dann erforderlich, wenn ein Eigenthumsrecht zu Stande kommen sollte. — Es muß also ein Factum, eine Handlung oder eine Begebenheit hinzutreten, um das bloß rechtlich Mögliche auch wirklich zu machen; dieses Factum, diese Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand

ein Eigenthum, zu dem er bisher nur einen Titel hatte, wirklich erwirbt, heißt die Erwerbungsart. Vor Allem ist der Wille des Erwerbenden hiezu selbst erforderlich; denn außerdem würde, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, durch den freyen Gebrauch dieser Sache Niemandens Willkühr beschränket, somit auch Niemand in seinem Rechte verletzt. — Aber dieser Wille ist hiezu nicht hinreichend, sondern er muß sich auch durch eine äußere Handlung zu erkennen geben, da der Wille, bloß als innerer Act der Seele, für die übrigen Menschen nicht wahrnehmbar ist, sie folglich auch an ihm keine beschränkende Richtschnur nehmen können, sich fortan alles Eingriffes auf die Sache zu enthalten.

3) Bey jedem Erwerbungsacte sind daher Titel und Erwerbungsart immer von einander zu unterscheiden. Indessen kann es allerdings geschehen, daß beyde in einem und dem nähmlichen Acte zusammentreffen. Als Beyspiel dient, wenn man Jemanden auf sein Bitten eine Sache zum Geschenke gibt. Hier ist der Schenkungsvertrag der Titel, und die Uebergabe die Erwerbungsart. Allein beyde sind hier in dem Acte der Uebergabe vereiniget, indem hier der Schenker durch die Uebergabe seinen ernstlichen Willen, schenken zu wollen, am unzweydeutigsten an den Tag legt, die Annahme des Geschenknehmers durch sein Bitten anticipando geschehen ist, und durch die wirkliche Uebernahme der geschenkten Sache wiederhohlt erkläret wird.

§. 381.

Titel und Art der unmittelbaren Erwerbung: Die Zueignung

Bey freystehenden Sachen besteht der Titel in der angebornen Freyheit, sie in Besitz zu nehmen. Die Erwerbungsart ist die Zueignung, wodurch man sich einer freystehenden Sache bemächtiget, in der Absicht, sie als die seinige zu behalten.

1) Die Erwerbungsart ist entweder eine unmittelbare (ursprüngliche, nach Einigen auch einseitige), wodurch man eine Sache zunächst aus der Hand der Natur empfangt,

oder eine mittelbare (ableitende, oder auch zweyseitige), wodurch eine schon in dem Eigenthum eines Anderen befindliche Sache von demselben auf eine andere Person übertragen wird. Hieraus folgt, daß nur freystehende, d. i. solche Sachen, die Niemandens ausschließliches Eigenthum sind, ein Gegenstand der unmittelbaren Erwerbung seyn können.

2) Der Titel, sohin der nächste Grund, woraus sich die Erwerbung freystehender Sachen rechtfertigen läßt, liegt objectiv in der Herrenlosigkeit derselben und in der ursprünglichen Bestimmung von Sachen überhaupt, sie zu unseren beliebigen Zwecken zu verwenden; subjectiv aber in der natürlichen Freyheit, sich ihrer zu bemächtigen, da eben deßwegen, weil sie freystehend sind, keines anderen Menschen ausschließendes Recht dadurch gekränkt wird.

3) Die unmittelbare Erwerbungsart besteht in derjenigen Handlung, wodurch man sich einer freystehenden Sache bemächtiget, und dabey den Willen an den Tag legt, sie als die seinige zu behandeln, sohin in der Besitznehmung. Wer sich eben jetzt dieser Sache zu bemächtigen versuchte, beschränkte den Inhaber in der Ausübung seines Rechtes, und griff zugleich in seine persönlichen Kräfte ein. Es erlangt also von dem Augenblicke der Besitzergreifung der Besitzer das Recht, Jeden von der Sache auszuschließen, sohin über dieselbe ausschließend zu verfügen, d. i. mit anderen Worten, das Eigenthumsrecht.

§. 382.

Freystehende Sachen können von allen Mitgliedern des Staates durch die Zueignung erworben werden, in so fern dieses Befugniß nicht durch politische Gesetze eingeschränkt ist, oder einigen Mitgliedern das Vorrecht der Zueignung zusteht.

1) In einem Staatsgebiethe gibt es keine ganz eigenthumslose Sache, sondern alle Sachen, auf die noch kein Private ein ausschließendes Recht erlangt hat, sind der Disposition der Staatsverwaltung selbst anheim gestellt. Diese kann sich aber

aus besonderen Gründen bewogen finden, die Zueignung solcher noch von keinem Privaten in Besitz genommenen Sachen der freyen Willkühr zu überlassen. Von der Art sind wilde Thiere, die unaufgehalten von einem Gebiethe in das andere wandern (in wie fern die Zueignung derselben Platz greifet, wird im folgenden §. erörtert werden); ferner solche Sachen, die zwar einen Eigenthümer hatten, aber von selbem offenbar verlassen wurden, wie freye und öde Gründe, oder weggeworfene Gegenstände, nicht minder verschiedene unterirdische Erzeugnisse, deren Existenz bisher unbekannt war; vergrabene Sachen, Schätze, deren eigentlicher Eigenthümer nicht mehr ausfindig gemacht werden kann. So ist Jedermann, der Bergbau auf Steinkohlen sowohl, als auf alle andere metallische und mineralische Erzeugnisse nicht nur auf seinen eigenthümlichen, sondern auch auf allen anderen Grundstücken, in dem Falle, wenn sie nicht schon von Anderen nach bergordnungsmäßiger Muthung und Belehrung gebauet und im wirklichen Umtriebe erhalten werden, nach gehöriger Muthung und erlangter bergämtlicher Verleihung und Bestätigung, gegen Entrichtung des Bergzehents und der übrigen bergordnungsmäßigen Gebühren und Verbindlichkeiten, wie auch mit der Bedingung, daß dem Grundeigenthümer für die durch den Bergbau beschädigten steuerbaren Grundstücke die billige Vergütung von den bauenden Gewerken geleistet werde, zu gestatten; übrigens stehet aber dem Grundbesitzer, wer immer derselbe sey, auf keine Weise ein Vorzug vor dem ersten Finder und Muther zu, da diesem, wenn er die Bergwerksbelehnung ordnungsweise ansuchet, dieselbe allezeit ertheilt werden muß [1]).

2) Der Machthaber im Staate findet sich übrigens bewogen, diejenigen Sachen, welche noch keinen Eigenthümer haben, und auf welche auch die Staatsverwaltung selbst keine Ansprüche macht, doch nicht allen Mitgliedern des Staates, sondern einer besonderen Classe derselben, wenigstens vorzugsweise, zur Zueignung zu überlassen. Unter diesen besonders begünstigten Personen erscheinen die Grundherrschaften; denn vermöge des vom Kaiser

1) Hofdecret vom 6. August 1790; Pol. G. S. Leopold II. 1. B., S. 61.

Maximilian II. mit den Ständen Böhmens unter dem 18. September 1575 errichteten Bergwerksvergleiches sind ihnen die geringfügigen Metalle, als Kupfer, Zinn, Queckſilber, Bley, Eiſen, Vitriol, Alaun und Schwefel, als regelmäßiges Eigenthum überlaſſen [1]). Die Benützung der Granaten, als Edelgeſteine, gebührt, wenn ſie auch auf Unterthansgründen gefunden werden, nur den Obrigkeiten, mit Ausſchließung der Unterthanen, gegen dem jedoch, daß dieſen für die eroberten Granatſteine ein angemeſſener Arbeitslohn von den Obrigkeiten gezahlt, und der durch das Aufſuchen und Graben an ihren Feldern allenfalls verurſachte Schade ihnen billigmäßig vergütet werde [2]). Dem Grundeigenthümer kömmt, nebſt dem Finder, nach §. 399, ein Antheil an einem entdeckten Schatze zu. Eben ſo gebührt manchen moraliſchen Perſonen ein Recht auf erbloſe Verlaſſenſchaften (§. 760).

3) Der §. ſtellt als Regel auf, daß freyſtehende Güter von allen Mitgliedern des Staates durch die Beſitzergreifung eigenthümlich an ſich gebracht werden können. Jede Ein-

1) Siehe Hofkanzleydecret vom 4. Februar 1819; Goutta's Geſetzſ. 16. B., S. 75. Dagegen gehören Steinbrüche aller Art, als: Kalk, Marmor, Mauer- und andere Steine, Ziegelthon, Steinkohlen und Torferde nicht darunter, ſondern dieſe ſind durchaus als Induſtrialien anzuſehen, und zur Oberfläche des Erdreiches zu zählen, die jeder Grundeigenthümer, auf deſſen Grunde ſie ſich befinden, ſchon nach dem Begriffe des Eigenthumsrechtes auf was immer für eine Art frey und ungehindert zu benützen berechtiget iſt. — Eben ſo iſt weder durch die Landesordnung, noch durch ein anderes Geſetz den Dominien das ausſchließende Recht eingeräumt, die Ziegelerzeugung auf ihren Gütern auszuüben, und in dieſer Beziehung können daher die Unterthanen von der beliebigen Benützung dieſer Induſtriegegenſtände um ſo weniger ausgeſchloſſen werden, als ihnen durch das Patent vom 1. November 1781, §. 1, das Recht eingeräumt iſt, ihre Gründe, vermöge des ihnen gebührenden dominii utilis, jedoch ohne Nachtheil der grundherrlichen Gerechtſame, unter welche letztere die Ziegelerzeugung erwahnter Maßen nicht gehört, nach Gutdünken zu benützen, zumahlen dieſe Gattungen Induſtrialzweige zur Oberfläche des Erdreiches gezählet werden, und nach dem Steuer-Regulirungs-Patente vom 20. April 1785 von dem Grundeigenthümer auch verſteuert werden müſſen (Ebenda). Gyps-, Lehm-, Kalk-, Mergel- oder Schlier- und Steinbrüche gehören zu dem Grundeigenthume, und können von dem Beſitzer frey benützet werden. Nach dieſem Grundſatze iſt daher jedem Grundeigenthumer die Benützung ſeiner Gypsbrüche oder Gypsfelder zur freyen und unbeſchränkten Verfügung überlaſſen, und bleibt ihm unbenommen, dieſes Recht entweder ſelbſt auszuüben, oder daſſelbe an einen Dritten unbeſchränkt zu übertragen oder zu verpachten. (Hofkanzleydecret vom 11. März 1819; Goutta's Geſetzſ. 16. B., S. 145.)

2) Hofdecret vom 30. Nov. 1789; Handbuch der Geſetze Joſeph II., 13. B., S. 247.

schränkung, welche sich auf kein allgemein kund gemachtes Gesetz gründet, muß also erwiesen werden. Es entsteht hier die Frage: ob Fremde in den österreichischen Staaten zu occupiren fähig sind? — Der §. redet bloß von Mitgliedern dieses Staates, und scheint daher Fremde auszuschließen. Man entgegnet zwar, daß die Fremden nach, §. 33, der Regel nach gleiche Rechte, wie die Eingebornen genießen; allein eben dieser §. fügt die Beschränkung bey: „wenn nicht zu dem Genusse dieser Rechte ausdrücklich die Eigenschaft eines Staatsbürgers erfordert wird." Nun scheint aber dieser §. zur Erwerbung des Eigenthums durch Zueignung die Eigenschaft eines Staatsbürgers erforderlich zu machen, da er ausdrücklich nur von Mitgliedern des Staates spricht, was sonst das Gesetz im Allgemeinen nicht thut, wenn es nicht haben will, daß die Fremden von seiner Anordnung ausgeschlossen seyn sollen. — Wollte man indessen unbedingt behaupten, daß Fremde von dem Rechte zu occupiren ausgeschlossen seyen, so würde man sich in nicht leicht zu lösende Schwierigkeiten verwickeln; denn man müßte dann auch consequenter Weise behaupten, daß Landstraßen, Ströme, Flüsse u. s. w. zum Gebrauche der Fremden nicht dienen, weil es in dem §. 287 heißt: Sachen, die ihnen (den Mitgliedern des Staates) zum Gebrauche verstattet werden, als: Landstraßen, Ströme u. s. w. — Meine Ansicht hierüber ist diese: Der Regel nach sind die Fremden allerdings von dem Occupationsrechte der auf unserem Staatsgebiethe sich befindlichen freystehenden Sachen ausgeschlossen; erhält aber der Fremde von unserem Staate die Bewilligung, sich auf unser Staatsgebieth begeben zu dürfen, so wird er ganz natürlich auch, in Bezug auf die Benützung der öffentlichen Güter, als ein wenigstens zeitliches Mitglied des Staates angesehen, und ihm kömmt daher auch in diesem Falle das Occupationsrecht zu. Hat sich aber der Fremde, ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung der Staatsverwaltung, in die österreichischen Staaten begeben, so hat er auch kein Recht, die öffentlichen Güter zu benützen, und wird eben deßhalb von der politischen Behörde wieder über die Gränze zurückgewiesen; es kann ihm daher auch eine inzwischen ergriffene freystehende Sache wieder abgenommen werden.

§. 383.

1) durch den Thierfang;

Dieses gilt insbesondere von dem Thierfange. Wem das Recht zu jagen oder zu fischen gebühre; wie der übermäßige Anwachs des Wildes gehemmt, und der vom Wilde verursachte Schade ersetzt werde; wie der Honigraub, der durch fremde Bienen geschieht, zu verhindern sey, ist in den politischen Gesetzen festgesetzt. Wie Wilddiebe zu bestrafen seyen, wird in den Strafgesetzen bestimmt.

1) Die Arten der Zueignung sind nach Verschiedenheit der Gegenstände verschieden. Der Thierfang hat bey wilden, nach ihrem Naturtriebe frey herumirrenden Thieren, welche noch nicht in Besitz genommen worden, oder wenigstens nicht mehr in fremdem Besitze sind, Statt, und begreift die Jagd, den Vogel- und Fischfang. Die Staatsverwaltung hat gute Gründe für sich, den Thierfang nicht ganz frey zu geben, und besonders die unteren Volksclassen hievon auszuschließen, weil er sie gewöhnlich ihren Erwerbsarten entziehen, sie zum Müßiggange einladen, ihren Charakter verwildern, und viele rohe Ausschweifungen veranlassen würde. Daher die dießfalls in den politischen Gesetzen enthaltenen, nachfolgend berührten Beschränkungen.

2) In Ansehung des Fischfanges ist zu bemerken, daß Niemanden selbst, oder durch Andere zu fischen gestattet sey, außer denen, welchen die Fischergerechtigkeit zusteht, und welche solche Befugniß mittelst erlernter Profession, durch Bestandnehmung, oder sonst erlaubte Art, von dem Inhaber erhalten zu haben sich ausweisen können [1]).

3) Von dem Jagdrechte ist der Bauern- und Bürgerstand, dem dadurch nur Gelegenheit gegeben würde, Wirthschaft und Gewerbe zu vernachlässigen, ausgeschlossen; derselbe mag durch

---

1) Verordnung vom 21. März 1771; Theres. Gesetz. 3 B., S. 506.

Kauf eine Jagdbarkeit eigenthümlich an sich bringen, oder sie durch Pachtung lediglich zeitweise benützen wollen. Daher wurde auch vorgeschrieben, daß Jagdbarkeiten, die Städte oder Märkte als obrigkeitliches Recht besitzen, durch Versteigerung an den Meistbiethenden verkauft, oder von Zeit zu Zeit verpachtet werden sollen; bey welchen Versteigerungen gegen diejenigen, die die Jagdgerechtigkeit als Meistbiethende erstanden haben, das Einstandsrecht nicht Platz greifen kann [1]). Nur in Tyrol und Vorarlberg ist gestattet, daß der Bürger- und Bauernstand zum Besitze und zu Pachtungen von Jagdbarkeiten unter folgenden Beschränkungen zugelassen werden dürfe: a) Soll Niemand eine Jagdbarkeit eigenthümlich an sich bringen und ausüben können, der nicht ansässig ist. b) Bey Pachtungen landesfürstlicher Jagdbarkeiten sollen die Pachtlustigen gehalten seyn, ein von Fall zu Fall zu bestimmendes Vadium zu erlegen, um zur Pachtversteigerung zugelassen zu werden. c) In den zwey südlichen Kreisen, Trient und Roveredo, wo das für das lombardisch-venetianische Königreich erlassene Gesetz gegen das Waffentragen ebenfalls eingeführt wurde, sind nur solche Personen zu Pachtversteigerungen landesfürstlicher Jagdbarkeiten zuzulassen, welche sich mit der Bewilligung des Kreisamtes, Jagdgewehre tragen zu dürfen, auszuweisen vermögen. Ueberhaupt soll durch die Zulassung des Bürger- und Bauernstandes zum Besitze und zur Pachtung von Jagdbarkeiten dem gedachten Gesetze gegen das Waffentragen kein Abbruch geschehen [2]).

4) Mit der Ausübung des Jagdrechtes sind übrigens folgende Befugnisse verbunden, zugleich auch wegen Hintanhaltung des übermäßigen Anwachses des Wildes folgende Verhaltungsregeln vorgeschrieben:

a. Die Inhaber eines Wildbannes sind berechtigt, in ihren Jagdbezirken alle Gattungen von Wild, mit Sulzen oder Heuschupfen zu hegen, oder auf sonst was immer für eine Art zu füttern. Auch steht ihnen vollkommen frey, das Wild, als ihr

1) Jagdpatent vom 2[illegible]. Februar 17[illegible]; Handbuch der Gesetze Josephs II., 11. B., S. 409.

2) Hofkanzleydecret vom 12. Sept. 1818; G. S. für Tyrol 5. B., S. 903.

Eigenthum, gleich jedem zahmen, in einem Meierhofe genährten Viehe, in was immer für einem Alter, Größe oder Schwere, zu allen Jahreszeiten, wie es ihnen gefällig ist, zu fangen oder zu schießen, und zum eigenen Genusse zu verwenden oder zu verkaufen.

b. Jeder Besitzer einer großen oder kleinen Jagdbarkeit hat weiters die Freyheit, in Wäldern, Auen oder Gehüschen Fasane einzusetzen, Hasen und anderes Wild in seinem Bezirke (Territorium) mit Hunden zu jagen oder zu hetzen, in so fern dieß ohne Beschädigung was immer für eines Grundbesitzers geschieht, als die der Jagdinhaber zu vergüten gehalten seyn wird.

c. Schwarzwild (Wildschweine) darf nur in geschlossenen und gegen allen Ausbruch gut gesicherten Thiergärten gehalten werden. Wenn ein Schwarzwildstück außerhalb eines Thiergartens angetroffen wird, so ist es Jedermann zu allen Jahreszeiten erlaubt, dasselbe, wie Wölfe, Füchse oder ein anderes schädliches Raubthier, zu schießen, oder sonst auf eine Art zu erlegen [1]). Sollten sich Jagdinhaber oder Jäger widersetzen, so werden sie als Strafe fünfundzwanzig Ducaten zu erlegen, und allen durch das ausgebrochene Stück Vieh verursachten Schaden zu vergüten haben.

d. Jeder Jagdinhaber ist befugt, in seinem Bezirke sich auch in Ansehung des vorüberziehenden Wildes seines Jagdrechtes zu bedienen, und das Wild, das seinen Bezirk betritt, auf alle mögliche, ihm selbst gefällige Art zu fangen, zu schießen oder sonst zu erlegen.

e. Ein in dem eigenen Wildbann angeschossenes und verwundetes Wild, das in einen fremden Wildbann übersetzt, darf daher nicht verfolgt werden, sondern es bleibt dem Besitzer desjenigen Bannes, in den es sich gezogen hat, frey, mit demselben, wie mit seinem Eigenthume, zu schalten.

f. Fangeisen und Schlingen zu legen, und Wolfsgruben zu machen, wird zwar jedem Jagdeigenthümer in seinem Banne ge-

1) Indessen versteht es sich, daß dasselbe dem Jagdinhaber, als sein Eigenthum, abgeliefert werden müsse.

stattet. Zur Verhüthung alles Schadens und Unglückes aber müssen dabey solche Zeichen aufgesteckt werden, die von Jedermann leicht wahrgenommen und erkannt werden können.

g. Wo in einem Walde der hohe Wildbann und das Reisgehege verschiedenen Personen gehören, wird es immer zuträglich seyn, wenn zwischen beyden ein Abkommen getroffen, und das Reisgehege von dem Inhaber des hohen Bannes entweder ganz abgelöset, oder in Pachtung genommen wird. Wofern aber der Inhaber der kleinen Jagd solche selbst benützen will, ist er verpflichtet, sich jederzeit mit dem Eigenthümer des hohen Bannes oder dessen Jägern einzuverstehen, um sein Jagdrecht von Fall zu Fall gemeinschaftlich mit denselben auszuüben, und auf diese Art den Schaden in dem hohen Wildbanne zu verhüthen [1]).

h. Die Kreisämter haben darauf zu sehen, daß die Jagdinhaber das Wild zum Nachtheile der allgemeinen Cultur nicht übermäßig hegen, und sie sollen diejenigen, bey denen sie einen zu großen Anwachs des Wildstandes wahrnehmen, nach der bereits bestehenden Vorschrift, ohne Nachsicht zur verhältnißmäßigen Verminderung desselben anhalten [2]).

i. Die Eigenthümer der Jagdbarkeit sollen gegen alle Beeinträchtigung ihrer Rechte geschützt, und da die Wilddieberey und das Raubschießen in so mancher Beziehung selbst der öffentlichen Sicherheit gefährlich sind, denselben auf alle Art vorgebauet werden.

In dieser Absicht können Hunde, die in einem Walde oder Felde jagen, von den Jägern des Jagdinhabers erschossen werden. Nur sind darunter diejenigen Hunde nicht verstanden, die die Hüther zur Abtreibung des Wildes zu halten berechtiget sind.

k. Niemand darf in einem fremden Wildbanne, außer der Straße oder dem Fußsteige bey der Durchreise, sich mit einem Gewehre, oder Fang- und Hetzhunde betreten lassen. Die Uebertreter dieses Verbothes sollen eingezogen und bestraft werden.

---

1) Obiges Jagdpatent §§. 1 — 7.
2) Ebenda §. 11.

l. Wer ein Wild findet, das sich selbst gespießt oder sonst beschädiget hat, und zu Grunde geht, kann sich dasselbe keineswegs zueignen, sondern hat dem Jagdinhaber hievon die Anzeige zu machen.

m. Ueberhaupt ist fremdes Wild, von was immer für einer Gattung, zu fangen oder zu schießen, wie die Entfremdung jedes anderen Eigenthumes, als ein Diebstahl, und nach den dießfalls bestehenden Strafgesetzen zu behandeln [3]).

n. Wer einen Wildschützen entdeckt, erhält zwölf Gulden zur Belohnung, die der Jagdinhaber zu bezahlen hat.

o. Der Einbringer eines Wildschützen erhält fünfundzwanzig Gulden zur Belohnung, welche Taglia gleichfalls die Jagdinhaber zu zahlen haben, denen entgegen auch die Geldstrafen, die dem Uebertreter der Jagdgesetze in ihrem Bezirke zuerkannt werden, heimfallen. Bey dem Bauernstande haben jedoch keine Geldstrafen, sondern nur körperliche Statt.

p. Wenn in einem Wildbanne ein bewaffneter Wildschütz auf Zurufen der Jäger sich nicht ergibt, sondern zur Wehre stellt, so ist es ihnen erlaubt, ihrer Selbsterhaltung wegen auf selben zu schießen.

q. Uebrigens ist allen Obrigkeiten zur vorzüglichen Pflicht gemacht, diejenigen, die unbefugt einem Wilde nachstellen, solches fangen oder schießen, auszuforschen, als Diebe einzuziehen, und dann dem Gerichte zu übergeben.

r. Bey begründetem Argwohne also, daß ein Wild unerlaubter Weise gefällt worden, werden die Jagdinhaber angewiesen, sich an die Ortsobrigkeiten oder Richter zu wenden, damit diese die zur Auffindung des corporis delicti allenfalls nöthige Untersuchung in den Häusern vornehmen. Den Jagdinhabern selbst aber wird eine eigenmächtige Nachsuchung, es sey durch sie, oder ihre Jägerey, durchaus untersagt.

s. Die Jagdinhaber stehen in dieser Eigenschaft und in Fällen, die in dieses Jadgesetz einschlagen, unter den Kreisämtern, in Justizfällen aber unter ihrer ordentlichen Rechtsbehörde.

---

3) Obiges Jagdpatent §§. 17 — 20.

t. Im Allgemeinen haben aber über die Beobachtung dieses Jagdgesetzes die Regierung, Kreisämter, Obrigkeiten und Dorfrichter zu wachen, und die Uebertreter nach Beschaffenheit der Umstände zu bestrafen.

u. Daher auch das k. k. Oberstjägermeisteramt künftig keine Jurisdiction über Privatjagden auszuüben, sondern allein die Oberaufsicht über sämmtliche k. k. Jäger und Jagdbarkeiten zu führen, und bey diesen die genaue Beobachtung der Jagdgesetze zu beobachten hat [1]).

5) In Ansehung der von dem Wilde angerichteten Schäden ist vorgeschrieben, daß selbe, sie mögen in landesfürstlichen oder Privat-Jagdbarkeiten an Feldfrüchten, Weingärten oder Obstbäumen geschehen, den Unterthanen nach Maß des erlittenen Schadens sogleich in natura oder Geld vergütet werden sollen. Daher alle dergleichen Beschädigungen zur Zeit, da sie noch sichtbar sind und beurtheilt werden können, der Obrigkeit anzuzeigen sind. Die Obrigkeit hat alsdann durch unparteyische Männer aus der nähmlichen oder nächsten Gemeinde dieselben schätzen zu lassen, und um deren Besichtigung bey dem Kreisamte anzulangen. Zu dieser Besichtigung hat das Kreisamt bey landesfürstlichen Jagdbarkeiten den nächsten kaiserlichen, bey Privat-Jagdbarkeiten den Jäger der Herrschaft dieses Bezirkes beyzuziehen, den Betrag des Schadens zu bestimmen, und diejenigen, die die Vergütung zu leisten haben, zur Bezahlung anzuhalten [2]).

6) In Ansehung der Verhinderung des Honigraubes durch fremde Bienen enthält die, wegen Verbreitung der Bienenzucht unterm 1. April 1775 [3]) erlassene Anordnung im §. 15 folgende Vorschrift: Es ist, unter Erstattung des doppelten Werthes, verbothen, die Bienen eines Dritten zu vertilgen, es möge aus was immer für einem Vorwande geschehen. Auch gegen die Raubbienen hat diese Vertilgung nicht Statt, da es ganz wohl andere Mittel gibt, die eigenen Bienenstöcke gegen Raubbienen zu sichern.

---

1) Obiges Jagdpatent §§. 28 — 30.

2) Ebenda §. 15.

3) Siehe Theres. Gesetzs. 7. B., S. 204.

7) Der Wilddiebstahl wird entweder als ein Verbrechen, oder schwere Polizey-Uebertretung bestraft. Als Verbrechen wird er bestraft, wenn er mehr als fünfundzwanzig Gulden W. W. beträgt, oder wenn er den Betrag von fünf Gulden W. W. übersteigt, und zugleich an Wild in eingefriedeten Waldungen, oder mit besonderer Kühnheit, oder von einem, gleichsam ein ordentliches Gewerbe damit treibenden Thäter verübt wird. Uebersteigt der Werth des entfremdeten Wildes den Werth von fünfundzwanzig Gulden W. W. nicht, und ist die Entfremdung auch mit keinen erschwerenden Umständen begleitet, welche einen Diebstahl überhaupt, oder den Wilddiebstahl insbesondere zu einem Verbrechen qualificiren, so wird er als schwere Polizey-Uebertretung der Bestrafung unterzogen. — Ob der Wilddiebstahl, welcher mit Gewehr verübt wird, nach §. 154, Nr. I. lit. b des ersten Theils des Strafgesetzbuches, ohne Rücksicht auf den Betrag, zum Verbrechen werde, hierüber sind die Meinungen getheilt [1]).

§. 384.

Häusliche Bienenschwärme, und andere zahme oder zahmgemachte Thiere sind kein Gegenstand des freyen Thierfanges, vielmehr hat der Eigenthümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen; doch soll er dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen. Im Falle, daß der Eigenthümer des Mutterstockes den Schwarm durch zwey Tage nicht verfolgt hat, oder daß ein zahmgemachtes Thier durch zweyundvierzig Tage von selbst ausgeblieben ist, kann es auf gemeinem Grunde Jedermann, auf dem seinigen der Grundeigenthümer für sich nehmen und behalten.

1) Zahme Thiere sind diejenigen, welche der Regel nach immer einen Eigenthümer voraussetzen, und in ihrem ursprüng-

1) Siehe die Wagner'sche Zeitschrift Jahrg. 1825, XI. Heft, S. 333; dann 1826, XI. Heft, S. 215; ferner 1827, V. Heft, S. 256, und 1830, II. Heft, S. 57.

lichen Naturzustande nicht angetroffen werden, wie z. B. Ochsen, Kühe, Hunde, Hühner, Schafe u. s. w.; zahm gemachte solche, welche der Regel nach, ohne einen Eigenthümer zu haben, im wilden Zustande leben, die aber durch künstliche Behandlung so weit gebracht werden, daß sie ihre Wildheit verlassen und ihrem Eigenthümer anhängen, so daß sie, wenn sie auch in Freyheit gesetzt werden, zu ihrem Eigenthümer zurückzukehren pflegen, wie z. B. Hirsche, Pfauen, Tauben, häusliche Bienen u. s. w. Die ersteren muß Jedermann als das Eigenthum eines Menschen respectiren, denn er kann sie eben deßhalb, weil sie bey uns im wilden Zustande nicht mehr angetroffen werden, keineswegs unter jene Thiere rechnen, welche noch zur Zueignung freystehen, und erst in das Eigenthum eines Menschen kommen müssen. Sie sind daher wie jede andere Sache zu behandeln, und können nur nach vollendeter Verjährungszeit in das Eigenthum des Ergreifers übergehen. — Entkömmt dem Eigenthümer so ein Thier, so räumet ihm das Gesetz sogar das Recht ein, dasselbe auf fremdem Grunde zu verfolgen; ein Recht, welches ihm nach dem Naturrechte nicht zukommen würde, da jeder Eigenthümer eines Grundes befugt ist, jeden Dritten von der Benützung desselben auszuschließen. Doch ladet ihm das Gesetz dagegen die Verpflichtung auf, den Schaden zu vergüten, welchen der Grundeigenthümer bey der Verfolgung des Thieres, oder auch durch dieses selbst erlitten hat; auch ist der Eigenthümer des Thieres demjenigen, der dasselbe handhaft gemacht hat, den Aufwand zu vergüten schuldig (§§. 1036 u. 1043).

2) Ein bloß zahmgemachtes Thier, wenn es in dem Zustande der Freyheit gefunden wird, läßt sich nicht so leicht als das Eigenthum eines Menschen erkennen, besonders wenn es sich durch längere Zeit in der Freyheit befindet, und sohin allmählig in seine natürliche Wildheit wieder zurückkehret. Daher verfügt hier das Gesetz, daß, wenn ein solches Thier durch zweyundvierzig Tage von selbst ausgeblieben ist, das Eigenthumsrecht auf selbes verloren gehe und der Zueignung preis gegeben werde. Das Thier muß aber von selbst ausgeblieben seyn; ist dasselbe während dieser zweyundvierzig Tage von Je-

manden aufgegriffen und in seiner Verwahrung behalten worden, so geht das Eigenthum nicht verloren.

3) Wenn ein zahmes oder zahm gemachtes Thier dem Eigenthümer entkommt, so wird dasselbe wohl gewöhnlich auf der Stelle verfolgt, und sohin wird auch in der Gegend bald kund, wem das entlaufene Thier gehöre. In diesem Falle ist derjenige, der dasselbe in seine Macht und Gewahrsame gebracht hat, so wie überhaupt, wenn er den Eigenthümer desselben erkennt, dem Letzteren, gegen Vergütung des allenfallsigen Schadens, das entlaufene Thier zurückzustellen schuldig. Ist der Eigenthümer desselben aber unbekannt, so hat sich der Inhaber, wenn es ein zahmes Thier ist, nach den Vorschriften, die über das Finden verlorner Sachen erlassen sind, und weiter unten vorkommen werden, zu benehmen; ist es aber ein zahm gemachtes Thier, so scheint er dafür nicht verantwortlich gemacht werden zu können, wenn er dasselbe als ein noch in seinem ursprünglich wilden Zustande lebendes Thier ansieht, und dasselbe nach den über den Thierfang bestehenden Gesetzen behandelt.

§. 385.

2) durch das Finden freystehender Sachen.

Keine Privatperson ist berechtigt, die dem Staate durch die politischen Verordnungen vorbehaltenen Erzeugnisse sich zuzueignen.

1) Die zweyte Art der Zueignung ist das Finden solcher Sachen, die ursprünglich, oder durch Erklärung des Staates, oder durch die Willensäußerung des früheren Eigenthümers als freystehende Sachen anzusehen sind. Unter Finden wird aber sowohl das Entdecken, als das Ergreifen solcher Sachen verstanden. Ohne Entdeckung ist ganz natürlich die Ergreifung unmöglich; allein die Entdeckung derselben ist zum Finden, in so fern dasselbe als eine Erwerbungsart angesehen wird, nicht hinreichend, sondern es muß nothwendig die physische Ergreifung hinzutreten.

2) Es ist schon oben berührt worden, daß es im Staate eigentlich gar keine freystehenden Sachen gebe, sondern alle in

einem Staatsgebiethe eingeschlossenen Güter, in so fern sie nicht das Eigenthum eines Privaten sind, als ein Eigenthum des Staates angesehen werden müssen. Indessen hat sich der österreichische Staat nur einige, ursprünglich freystehende Sachen als sein Eigenthum vorbehalten, und es wird in diesem §. ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, daß sich keine Privatperson die dem Staate durch die politischen Verordnungen vorbehaltenen Erzeugnisse zueignen dürfe. Solche dem Staate vorbehaltnen Erzeugnisse sind:

a. Alle Ganz- und Halbmetalle, so wie überhaupt alle Mineralien. — Wenn Jemand dergleichen bauen und gewinnen will, so muß die Bewilligung hiezu bey dem Landesfürsten durch die bestehenden Berggerichte zu Lehen angesucht werden, und wird nur von diesen im Nahmen des allerhöchsten Landesherrn, die Bewilligung hiezu ertheilet. Hierunter gehören nicht nur allein Gold, Silber, Kupfer, Eisen, Quecksilber u. s. w., sondern auch Zink und der Graphit (oder die sogenannte Hafnerzeller-, Schwarzgeschirr-Erde), welch letzterer ein verkohltes Eisen ist, das in förmlich streichenden Lagern mit Stollenbau oder Schichten bergmännisch gewonnen wird. Es muß daher auch der Bau auf den Graphit bey den landesfürstlichen Berggerichten angesucht, und kann nur mit Vorbehalt der allerhöchsten Lehenrechte im allerhöchsten Nahmen mit den bestimmten Maßen verliehen werden. Kein Grundeigenthümer ist berechtiget, den Bau auf Graphit unter was immer für einem Vorwande zu hindern oder zu verweigern. Dem Entdecker einer solchen Graphiterde, wenn sie echt und brauchbar gefunden wird, er mag nun den Bau selbst unternehmen, oder ihn den Anrainern abtreten, wird eine der Aussicht und Dauer angemessene Belohnung erfolgt [1]).

b. Ingleichen gehören zu den von dem Staate sich vorbehaltenen Erzeugnissen alle Salz- und Alaunbergwerke, welche durch

1) Bergordnung Ferdinand I. vom 1. May 1553. Cod. aust. 1. Theil, S. 1[illegible]; Hofdecret vom 27. Sept. 1793; J. G. S. Nr. 179; und Patent vom 25. Sept. 1811; P. G. S. 37. B., S. 62. Welche Metalle in Böhmen der unmittelbaren Benützung den Grundobrigkeiten überlassen sind, ist im §. 3[illegible] vorgekommen.

mehrere Verordnungen, besonders aber die ersteren als landesfürstliches Regale erklärt sind [1]). Auch ist aller in und auf dem Erdboden im ganzen Lande sich erzeugende Salitter ein landesfürstliches ausschließendes Eigenthum; er darf daher nur für den Landesfürsten gegraben, auch ausschließend nur für Rechnung desselben daraus Schießpulver verfertiget werden [2]).

§. 386.

Bewegliche Sachen, welche der Eigenthümer nicht mehr als die seinigen behalten will, und daher verläßt, kann sich jedes Mitglied des Staates eigen machen.

Durch eine solche, von Seite des Eigenthümers geschehene, Verlassung treten diese Sachen in ihr ursprüngliches Verhältniß der Herrenlosigkeit zurück, und der Staat überläßt sie sämmtlichen Mitgliedern des Staates zur Zueignung. In wie fern auch Fremde zur Zueignung berechtiget sind, wurde bereits §. 382 erwähnt.

§. 387.

In wie fern Grundstücke, wegen gänzlicher Unterlassung ihres Anbaues, oder Gebäude, wegen der unterlassenen Herstellung, für verlassen anzusehen oder einzuziehen seyen, bestimmen die politischen Gesetze.

1) Da jeder Eigenthümer das Befugniß hat, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, so kann er der Regel nach seine eigenthümliche Sache auch ganz unbenützt lassen (§. 354). Nach dieser aufgestellten Regel kann daher auch der Eigenthümer von Grundstücken oder Gebäuden selbe unbebauet oder unbewohnt verfallen lassen, und ist deßhalb in privatrechtlicher Beziehung Niemand berechtiget, ein sol-

1) Siehe obige Bergwerksordnung, dann den Bergwerksvergleich Maximilian II. mit den Ständen Böhmens vom 18. Sept. 1575, und Patent vom 27. Nov. 1786; Ges. Jos. II., 10. B., S. 228.

2) Patent vom 21. Dec. 1807, §. 1.; P. G. S. 29. B., S. 163.

ches Grundstück oder Wohngebäude als eine von dem Eigenthümer ganz verlassene Sache anzusehen und sich zuzueignen. Allein die oberste Macht kann, theils zum allgemeinen Wohle (zur Landescultur, aus Sorge für die nöthigen Wohngebäude), theils zur Privatsicherheit (§. 343) politische Verfügungen treffen, daß die Grundstücke cultivirt, und die Gebäude in einem bewohnbaren und besonders gefahrlosen Zustande erhalten werden [1]).

2) Was insbesondere die öde liegenden Gründe betrifft, so theilt sie das Patent vom 17. April 1784 [2]) in drey Gattungen ein: a) in solche, die bereits vor 1750, als dem Normaljahre der Steuer-Rectification, als öde angegeben worden, und noch unangebaut sind; b) in solche, die, aus Mangel eines Besitzers oder Grundholden, nach dieser Zeit verödet sind, und von dem Grundherrn versteuert werden müssen; endlich c) in Gründe, welche von dem Grundholden besessen und versteuert, aber ungebaut belassen werden. Die öden Gründe der ersteren zwey Gattungen fallen einem Jeden, welcher sich darum meldet, unentgeldlich als ein wahres vererbliches Eigenthum zu, mit dem Bedingnisse, daß er diese Grundstücke in Zeit von einem Jahre brauchbar machen, oder des Eigenthums derselben übermahls verlustig werden soll. — Den Grundobrigkeiten, welchen die vor dem Rectifications-Normaljahre öde gewordenen, und noch ungebaut liegenden Grundstücke entweder dienstbar sind, oder eigenthümlich angehören, wurde vor den zur Fruchtbarmachung derselben sich antragenden Parteyen der Vorzug dergestalt vorbehalten, daß sie binnen drey Monathen, von dem Tage dieses oberwähnten kundgemachten Patentes, sich erklärten, ob und welche dieser öden Gründe sie in Anbau nehmen wollen, und daß sie dieselben binnen Jahresfrist, unter Wiederverlust, wirklich anbauten. Bey der dritten Gattung von Oeden, wofern nähmlich ein Grundhold seinen ganzen Grund, oder nur einige Theile desselben unangebaut liegen ließe, soll der Besitzer von der Grundobrigkeit dieses Unfleißes durch drey Jahre ermahnet, nach Ver-

1) Siehe Zeiller's Commentar Nr. 3.

2) Handbuch der Gesetze Joseph II., 7. B., S. 501.

lauf des dritten Jahres aber, nachdem vorher dem Kreisamte die Anzeige darüber gemacht worden ist, abgestiftet werden.

3) In Ansehung der baufälligen Häuser in den Städten, welche von den Eigenthümern nicht reparirt, und vielmehr ganz verwahrloset werden, wurde in Gallizien in Folge allerhöchster Entschließung angeordnet, daß die hierwegen bereits in anderen Ländern bestehenden Verfügungen, — daß nähmlich derley Häuser abgeschätzet und an den Meistbiethenden, unter der Verbindlichkeit, dieselben bestmöglichst in guten und gefahrfreyen Stand herzustellen, hintan gegeben werden, — auch in Gallizien angewendet werden sollen [1]). Dadurch wurde sohin die in den andern Ländern dießfalls bestandene Gepflogenheit gleichfalls sanctionirt.

§. 388.

Vorschriften über das Finden: a) verlorner Sachen;

Es ist im Zweifel nicht zu vermuthen, daß Jemand sein Eigenthum wolle fahren lassen; daher darf kein Finder eine gefundene Sache für verlassen ansehen und sich dieselbe zueignen. Noch weniger aber darf sich Jemand des Strandrechtes anmaßen.

1) Der gegenwärtige §. stellt gleich im Eingange die Regel auf, die auf alle Fälle, wo es sich um Zueignung einer dem Scheine nach verlassenen Sache handelt, angewendet werden muß, nähmlich: daß keine Sache für verlassen angesehen werden kann, wenn nicht der Eigenthümer dieses ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, oder wenigstens stillschweigend durch solche Handlungen erkläret hat, welche, mit Ueberlegung aller Umstände, keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln übrig lassen (§. 863). Denn die Handlung, wodurch ein Eigenthümer sein Eigenthum auf die Sache unbedingt aufgibt, widerstreitet dem natürlichen Triebe und Hange zum Eigenthume; gehört sohin zu dem Außerordentlichen und Seltenen, gegen welches immer die Vermuthung streitet. — Hievon scheint selbst

1) Man sehe Winniwarters Handbuch 2. B., S. 105.

der Fall keine Ausnahme zu machen, wenn der Eigenthümer im Drange der Umstände, z. B. in einem Schiffbruche, auf der Flucht u. s. w., sich seiner Sache, die ihm dabey hinderlich fällt, entlediget.

2) Um so weniger ist man berechtiget, aus dem Umstande, daß man eine Sache außer der Macht und Gewahrsame eines Menschen befindlich wahrnimmt, zu schließen, daß sie von dem Eigenthümer freywillig verlassen worden sey; im Gegentheile muß man annehmen, daß der Besitzer wider seinen Willen aus der Innehabung gekommen sey. Daher die Anordnung des Gesetzes, daß Niemand eine gefundene Sache für verlassen ansehen und sich zueignen dürfe.

3) Der §. macht hier ausdrücklich des Strandrechtes eine Erwähnung. Dieser Ausdruck läßt eine dreyfache Bedeutung zu. Im besseren Sinne des Wortes versteht man darunter die Gerichtsbarkeit, welche sich über alles, was sich am Strande (d. i. an der Fläche des ans Meer stoßenden, und von der Fluth überschwemmten, offenen Landes) und auf dem Ufer und Gestade befindet, erstrecket; dann begreift man unter diesem Ausdrucke auch das Recht des Landesherrn, sich alles das zuzueignen, was an den Ufern anwächst oder gefunden wird, z. B. in Persien die Perlen, an den afrikanischen Küsten das Gold u. s. w.; endlich bedeutet aber Strandrecht das die höchste Mißbilligung verdienende Befugniß, sich der sämmtlichen Güter und Sachen, welche sich auf einem gestrandeten Schiffe befinden, ohne Rücksicht, ob der wahre Eigenthümer zugegen ist oder nicht, zu bemächtigen. Daß das Strandrecht im gegenwärtigen §. in der letzteren Bedeutung genommen sey, leuchtet ein. Treffend bemerkt hier Herr Hofrath v. Zeiller, daß die Zueignung solcher Sachen nur in Zeiten der Barbarey zu dem ehrwürdigen Nahmen eines Rechtes gelangen konnte [1]).

---

1) Dieses Recht war ehedem in Deutschland und in anderen Ländern fast allgemein üblich; man flehete sogar in den Kirchengebethen zu Gott, daß er den Strand segnen, d. h. recht viele Menschen Schiffbruch möge leiden lassen.

§. 389.

Der Finder ist also verbunden, dem vorigen Besitzer, wenn er aus den Merkmahlen der Sache, oder aus anderen Umständen deutlich erkannt wird, die Sache zurück zu geben. Ist ihm der vorige Besitzer nicht bekannt, so muß er, wenn das Gefundene einen Gulden am Werthe übersteigt, den Fund innerhalb acht Tagen auf die an jedem Orte gewöhnliche Art bekannt machen lassen, und wenn die gefundene Sache mehr als zwölf Gulden werth ist, den Vorfall der Ortsobrigkeit anzeigen.

1) Es ist Niemand verpflichtet, eine Sache, welche er in einem Zustande entdeckt, zufolge welchem sie als in keines Menschen Macht und Gewahrsame befindlich angesehen werden kann, zu ergreifen und zu sich zu nehmen, um sie dadurch vor einem möglichen Nachtheil zu bewahren. Es kann daher auch Niemand dafür verantwortlich werden, wenn er z. B. einen kostbaren Ring auf der Gasse liegen gesehen, sich seiner aber nicht bemächtiget hat. Ja selbst in dem Falle, als er die Sache bereits ergriffen hat, steht es ihm, so lange er sich von dem Orte des Fundes nicht entfernt hat, noch immer frey, die gefundene Sache fahren zu lassen, und sie an den nähmlichen Platz, wo er sie gefunden hat, wieder hinzulegen. Denn dadurch wird an dem Zustande, in dem sich die Sache vor ihrer Entdeckung zu ihrem früheren Inhaber befunden hat, nichts geändert, und diesem sohin auch durch die Handlung des Finders die Auffindung derselben nicht erschweret; zu positiven Handlungen, die dazu dienen sollten, Jemanden zur Erlangung des Eigenthums behülflich zu seyn, existirt aber keine Rechtspflicht. Hat aber derjenige, der eine aus der Gewahrsame ihres Inhabers gekommene Sache entdeckt und ergriffen hat, dieselbe bereits aus dem Orte des Fundes weggerückt oder wohl gar zu sich genommen, dann hat er auch den ursprünglichen Zustand der Sache verändert und

dem früheren Inhaber das Auffinden erschweret, da demselben vielleicht noch erinnerlich seyn konnte, wo er die Sache gelassen habe, oder wenigstens leicht Spuren zur Entdeckung derselben auffinden kann; welches aber der Regel nach ganz unthunlich ist, wenn sie ein Dritter zu sich genommen hat. Da nun in einem solchen Falle der Finder durch seine positive Handlung den früheren Zustand, in welchem dem Inhaber das Auffinden der verlornen Sache noch möglich gewesen wäre, verändert und die Sache in eine solche Lage gebracht hat, daß der frühere Inhaber dieselbe, nach dem ordentlichen Laufe der Dinge, nicht mehr zu entdecken im Stande ist, so erwächst, meines Erachtens, hieraus allerdings auch eine natürliche Verbindlichkeit auf Seite des Finders, solche Handlungen zu unternehmen, wodurch der vorige Inhaber in die Kenntniß kommen kann, in wessen Händen sich die Sache befindet. Der gegenwärtige §. enthält nun die Vorschrift, was ein solcher Finder für Handlungen zu diesem Ende zu unternehmen rechtlich verpflichtet sey.

2) In dieser Hinsicht ist vor Allem zu unterscheiden, ob der Eigenthümer oder Inhaber dem Finder sogleich bekannt sey oder nicht. Der erste Fall tritt ein, wenn die Sache mit solchen Merkmahlen versehen ist, daß Jedermann, oder wenigstens der Finder, nach seinen besonderen Verhältnissen hieraus entnehmen kann, wessen Eigenthum die Sache sey, — oder wenn der Eigenthümer die Sache vor den Augen des Finders selbst verloren — oder der Finder dieselbe schon früher ein Mahl in dessen Besitze gesehen hat. — In diesem Falle ist der Finder schuldig, die Sache dem Eigenthümer, obschon er sie noch nicht zurückforderte, weil er vielleicht gar nicht weiß, wohin sie gekommen ist, zurückzustellen. Einen Termin zur Zurückstellung hat hier das Gesetz nicht bestimmt, obschon es mir scheint, daß von einer Terminsbestimmung hier nicht Umgang genommen werden könne; — denn die Zurückstellung ist eine Leistung, und bey jeder Leistung muß doch eine Zeit bestimmt seyn, binnen welcher dieselbe geschehen soll. Im Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber muß daher zur Analogie die Zuflucht genommen werden. Eine solche analoge Bestimmung enthält aber der ge-

genwärtige §. in dem gleich unten berührten Falle, wenn nämlich der Eigenthümer unbekannt ist. So wie in diesem Falle der Finder verpflichtet ist, die Kundmachung binnen acht Tagen zu veranlassen, so muß er im gegenwärtigen Falle zur Zurückstellung binnen acht Tagen verbunden seyn, widrigens dessen er die Vermuthung, sich die Sache zueignen zu wollen, erregen, und auch für einen durch eine längere Zögerung entstehenden Schaden verantwortlich seyn würde.

3) Im zweyten Falle ist auf den Werth der Sache Rücksicht zu nehmen. Bey einem unbedeutenden, einen Gulden nicht übersteigenden Werthe ist der Finder zu einer positiven Handlung, wodurch der Eigenthümer oder Inhaber in die Kenntniß des Fundes gesetzt werden sollte, keineswegs verpflichtet, und aus gleichem Grunde können ihm auch nicht einmahl die Pflichten eines Verwahrers aufgebürdet werden, ja, er kann sie auch in diesem Falle, wenn sich der Eigenthümer nicht meldet, als verlassen ansehen und für sich behalten. Meldet sich aber in der Folge der Eigenthümer um die verlorne Sache, so ist der Finder als redlicher Besitzer zu behandeln, und ist, in so fern die Sache in Natur oder deren Werth noch vorhanden ist, sie allerdings zurückzustellen verpflichtet. — Uebersteigt dagegen der Werth einen Gulden, so kann der Finder, in so fern sie nicht mehr, als zwölf Gulden im Werthe beträgt, die Kundmachung des Fundes selbst auf die im Orte übliche Art, z. B. durch Herablesen von der Kanzel, Affizirung an öffentlichen Orten u. s. w., veranlassen. Bey höherem Werthe muß er die Anzeige an die (politische) Obrigkeit des Ortes machen, welche, nach Maßgabe des folgenden §., die Kundmachung übernimmt.

4) In denjenigen Provinzen des österreichischen Kaiserstaates, wo noch die Einlösungs- und Anticipationsscheine im gesetzlichen Umlaufe sich befinden, kann die Frage entstehen, ob hier der Werth bloß in der Valuta der Einlösscheine oder in Conventionsmünze auszumitteln sey? — Da gegenwärtig kein Gesetz verbiethet, daß eine Schatzung in Conventionsmünze geschehe, so scheint es auch dem Finder freygestellt zu seyn, ob er die gefundene Sache in Conventionsmünze oder in Wienerwahrung, d. i.

in der Valuta der Einlösungsscheine, geschätzt wissen wolle. Nur in dem Falle, als die gefundene Sache in barem Gelde bestände, wäre sich genau an die Eigenschaft des Geldes zu halten, und daher der Finder nicht berechtiget, z. B. den gefundenen Einlösungsschein pr. 2 fl. auf Conventionsmünze zu reduciren und in Folge dieser Reduction einen Werth von 48 kr. heraus zu bringen.

§. 390.

Die Obrigkeit hat die gemachte Anzeige, ohne die besonderen Merkmahle der gefundenen Sachen zu berühren, ungesäumt auf die an jedem Orte gewöhnliche Art, wenn aber der Eigenthümer in einer den Umständen angemessenen Zeitfrist sich nicht entdecket, und der Werth der gefundenen Sache fünfundzwanzig Gulden übersteigt, drey Mahl durch die öffentlichen Zeitungsblätter bekannt zu machen. Kann die gefundene Sache nicht ohne Gefahr in den Händen des Finders gelassen werden, so muß die Sache, oder, wenn diese nicht ohne merklichen Schaden aufbewahrt werden könnte, der durch die öffentliche Feilbiethung daraus gelöste Werth gerichtlich hinterlegt, oder einem Dritten zur Verwahrung übergeben werden.

1) Die Anzeige kann bey der Obrigkeit (in Hauptstädten bey der Polizeydirection) entweder schriftlich oder mündlich gemacht werden. Ist das letztere der Fall, so wird selbe mit dem Finder ein Protocoll aufnehmen, und sich bey Aufnahme desselben den ganzen Vorfall mit den Umständen des Ortes und der Zeit genau erzählen lassen. Wären in der schriftlichen Anzeige diese Umstände aufzunehmen unterlassen worden, so wird sie den Finder auch noch persönlich vorrufen, um das Mangelnde ergänzen zu lassen. Denn die Erhebung dieser Umstände ist nothwendig, oder wenigstens sehr zweckdienlich, theils um den Eigenthü-

mer der verlornen Sache leichter aufzufinden, theils um die Gründlichkeit eines gemachten Eigenthumsanspruches auf die Sache beurtheilen zu können. Wird eine Sache verloren, und übersteigt der Werth der verlornen Sache den Preis von fünfundzwanzig Gulden, und kömmt sie durch längere Zeit nicht zum Vorschein, so scheint es zweckmäßig, daß vor dem Criminalgerichte die Anzeige gemacht werde, damit der Verlierer über die Art und Weise seines Verlustes *eidlich* vernommen, und daher für den Fall, was hier aus den Umständen wahrscheinlich wird, daß sich Jemand diese Sache zugeeignet hätte, und sohin seiner Zeit bey dessen Entdeckung das Criminalverfahren gegen ihn Platz greifen müßte, der Thatbestand erhoben vorliege.

2) Die Kundmachung hat zum Zwecke, den Eigenthümer in die Kenntniß zu setzen, daß seine Sache aufgefunden worden sey, und wo er sie zu suchen habe. — Sie muß daher überhaupt enthalten, zu welcher Gattung die Sache gehöre, die gefunden worden ist; — sie darf aber die besonderen Merkmahle derselben nicht aufnehmen, weil gerade die Kenntniß derselben zur Legitimation des Eigenthümers dienet. Da die Kundmachung immer mit Kosten verbunden ist, so ist die Art und Weise derselben nach dem Werthe der gefundenen Sache auch verschieden. Unter den öffentlichen Zeitungsblättern sind der Regel nach die der Provinz, wo die Sache gefunden wird, zu verstehen; doch kann das Kundmachungsedict, wenn die gefundene Sache von hohem Werthe, und es wahrscheinlich ist, daß der Eigenthümer in einer fremden Provinz domicilire, auch in den Zeitungsblättern einer anderen Provinz, oder gar des Auslandes eingeschaltet werden.

3) Die weiteren am Schlusse des gegenwärtigen §. vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln haben zum Zwecke, dem Eigenthümer seine Sache in Natur, oder wenn sie dem Verderben unterworfen, oder die Aufbewahrung zu kostspielig wäre, den höchsten gemeinen Werth, welcher der Regel nach immer nur durch eine Feilbiethung erzielet wird, mittelst des möglichst geringsten Aufwandes zu verschaffen. — Für jeden Fall ist eine genaue Beschreibung der Sache bey den Acten aufzubewahren, und selbe auch in dem Falle, als sie in den Händen des Finders

gelassen wird, nach ihrem wahren Werthe zu schätzen, um für den Fall, als sie durch Verschulden des letzteren zu Grunde gehen oder beschädigt werden sollte, den Eigenthümer seiner Zeit in die Lage zu setzen, die Entschädigung ansprechen zu können.

§. 391.

Wenn sich der vorige Inhaber oder Eigenthümer der gefundenen Sache in einer Jahresfrist, von der Zeit der vollendeten Kundmachung, meldet, und sein Recht gehörig darthut, wird ihm die Sache oder das daraus gelöste Geld verabfolget. Er ist jedoch verbunden, die Auslagen zu vergüten, und dem Finder auf Verlangen Zehen vom Hundert des gemeinen Werthes, als Finderlohn, zu entrichten. Wenn aber, nach dieser Berechnung, die Belohnung eine Summe von Tausend Gulden erreicht hat, so soll sie, in Rücksicht des Uebermaßes, nur zu Fünf vom Hundert ausgemessen werden.

1) Durch eine Jahresfrist, von der Zeit der einmahligen, oder wenn sie wiederhohlt geschehen ist, der letzten Kundmachung, muß also abgewartet werden, ob Niemand ein Recht auf die gefundene Sache anspreche und auf eine befriedigende Art erweise. Die Personen, welche einen solchen Anspruch erheben können, sind vorzugsweise der Eigenthümer; — aber auch der Besitzer, ja selbst der bloße Inhaber einer Sache kann sich darum melden, und fordern, daß ihm die gefundene Sache ausgehändiget werde Dabey ist aber mit folgenden Vorsichten zu Werke zu gehen: — Weiset der Ansprecher aus, daß er kurze Zeit vor dem geschehenen Funde wirklich noch Eigenthümer dieser Sache gewesen sey, z. B. er thut dar, daß er eine Woche zuvor, als der Fund in den Zeitungsblättern kund gemacht wurde, dieselbe in einer öffentlichen Versteigerung gekauft habe, so unterliegt die Verabfolgung keinem Bedenken. Ein gleiches ist der Fall, wenn auch bloß

dargethan wird, daß der Ansprecher kurze Zeit vor dem Funde in der Innehabung derselben gewesen ist. — Je weiter aber der Zeitpunct, für welchen die Innehabung erwiesen wird, von dem Zeitpuncte des Findens entfernt ist, desto bedenklicher wird die Erfolglassung. Uebrigens ist es, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat, begreiflich, daß, wenn Jemand die Sache als Eigenthümer zur freyen Verfügung oder als Fruchtnießer anspricht, ein strengerer Beweis erfordert werde, als wenn er, als rechtlicher Inhaber, nur verlangt, daß man den Eigenthümer von der Lage der Sache unterrichten und für Erhaltung derselben Sorge tragen solle, und daß die Obrigkeit theils auf die Eigenschaften der Person, welche die Sache anspricht, theils auf die übrigen Verhältnisse, ob sie ihr mit Sicherheit überlassen werden könne, Rücksicht zu tragen habe. — Ob übrigens die Sache demjenigen, der sich um dieselbe meldet, überlassen werden solle oder nicht, hängt immer von der Bestimmung der Obrigkeit, und nicht des Finders, selbst nicht in dem Falle ab, als die Sache in seinen Händen gelassen worden wäre. — In zweifelhaften Fällen, besonders wenn das Recht auf die Sache von Mehreren angesprochen wird, wird sich die politische Obrigkeit nach der Analogie des §. 348 zu benehmen haben. Weiset unter mehreren Ansprechern einer zweifellos aus, daß er der letzte Inhaber der Sache gewesen sey, so wird dieselbe vorzüglich diesem übergeben, sonst aber der Gewahrsame des Civilrichters anvertraut, und von diesem ein Vertreter zur Bewahrung der Rechte des unbekannten Eigenthümers aufgestellt (§. 276).

2) Daß der Eigenthümer oder Inhaber der gefundenen Sache, dem dieselbe erfolgt wird, den von dem Finder oder dem Gerichte gemachten Aufwand zu ersetzen habe, liegt in der nützlichen Geschäftsführung und Verwendung (§. 1336 — 1041). Die Verabreichung einer besonderen Belohnung wurde vor Erscheinung dieses neuen bürgerlichen Gesetzbuches der billigen Gesinnung des Eigenthümers und seinem öffentlichen Anerbiethen anheim gestellt. Der höchste Gesetzgeber sah sich bey Herausgabe des neuen Gesetzbuches bewogen, selbst einen Finderlohn zu be-

stimmen, der dem Finder auf sein Verlangen abgereicht werden muß, ohne indessen der Freygebigkeit des Eigenthümers Schranken setzen zu wollen. Die Gründe dieser Verfügung liegen klar vor Augen. Die Gewißheit des nicht unbeträchtlichen Lohnes soll zur Nachforschung ermuntern, und den zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit schwankenden Finder dahin bringen, einen ehrlichen, obgleich geringen Gewinn dem ungerechten vorzuziehen, und zugleich soll die Gabe als eine nicht unbillige Ahndung der versäumten Aufmerksamkeit, für sein Eigenthum Sorge zu tragen, anzusehen seyn [1]).

3) Die Vorschrift des gegenwärtigen und vorhergehenden §. tritt ohne Zweifel auch dann in Anwendung, wenn ein Schuldbrief, auf den Ueberbringer lautend, gefunden wird; keineswegs aber auch dann, wenn eine auf bestimmte Nahmen lautende Obligation gefunden wird; denn da solche öffentliche Obligationen den Eigenthümer derselben mit hinreichenden Merkmahlen bezeichnen, so kann hier nur der §. 389, und zwar nur der erste Absatz desselben, wonach der Finder dem Eigenthümer die Sache zurückzustellen schuldig ist, entscheiden, daher solche öffentliche Obligationen, wenn sie auch auf einen erdichteten Nahmen lauten, immer von dem Finder dem Eigenthümer zurückgestellt, oder wenn derselbe nicht bekannt wäre, für diesen bey Gericht deponirt werden müssen. — Ueberhaupt haben in einem solchen Falle die übrigen, das Finden verlorner Sachen betreffenden §§. keine Anwendung; insbesondere hat der Finder einer solchen Obligation keinen Anspruch auf einen Finderlohn zu machen, sondern es steht ihm bloß frey, als Geschäftsführer ohne Auftrag (negotiorum gestor), den Ersatz der allenfalls aufgewendeten Kosten von dem Eigenthümer zu fordern [2]). Der Grund dieser letzteren gesetzlichen Bestimmung ist einleuchtend. Der Finder verschafft dem Eigenthümer durch die Zurückstellung einer solchen Obligation nicht den Werth, den sie im gemeinen Verkehre hat, und von welchem der Finderlohn ein relativer Theil ist; denn

1) Zeiller's Commentar Nr. 2.

2) Hofdecret vom 24. Jänner 1812; J. G. S. Nr. 1110.

der Eigenthümer kann noch immer durch Amortisation und Verbothslegung die Umschreibung der Obligation, so wie die Auszahlung der Interessen an einen Dritten, verhindern, und sich nach Verlauf der Amortisationsfrist eine Obligation des nähmlichen Inhalts verschaffen, was bey den auf den Ueberbringer lautenden Schuldscheinen der Fall nicht ist. — Dieses Nähmliche hat um so mehr bey Privat-Schuldscheinen, die auf einen bestimmten Nahmen lauten, zu gelten.

4) Einige Rechtsgelehrte sind der Meinung [1]), daß dem Finder überhaupt nur dann ein Anspruch auf den Finderlohn gebühre, wenn der Eigenthümer unbekannt ist, keineswegs aber dann, wenn dieser aus den Merkmahlen der Sache oder aus den Umständen erkannt werden kann. Sie berufen sich, zur Begründung ihrer Behauptung, auf den §. 389, welcher für den Fall, wenn der Eigenthümer bekannt ist, die Bestimmung enthält, und in welchem von einem Finderlohn keine Rede ist, theils auf das oben citirte Hofdecret, in welchem aber ausdrücklich verordnet wird, daß bey dem Funde öffentlicher Obligationen, die auf einen bestimmten Nahmen lauten, weil sie den Eigenthümer mit hinreichenden Merkmahlen bezeichnen, nur der erste Absatz des §. 319 in Anwendung trete, und daß die übrigen, das Finden verlorner Sachen betreffenden §§. des b. G. B., sowohl in Bezug auf den Genuß der Interessen, als die Forderung des Finderlohnes, keine Anwendung haben. — Allein die Bestimmung des gegenwärtigen §., in Hinsicht des Finderlohnes, muß auf alle Fälle, wo es sich um das Finden einer Sache handelt, ohne Unterschied, ob der Eigenthümer bekannt sey oder nicht, bezogen werden, da auch dem Entdecker verborgener Gegenstände der §. 396 ausdrücklich für den Fall, wenn der Eigenthümer aus den äußerlichen Merkmahlen oder anderen Umständen erkennbar wird, den Finderlohn ausdrücklich zuerkennt, und der §. 393 auf die Außerachtlassung der in den §§. 388 bis inclusive 392 angeführten Vorschriften die Verwirkung des Finderlohnes als Strafe festsetzet. Auch der oben

1) Siehe Scheidlein's Commentar über die bürgerlichen und politischen Gesetze. 2. Aufl., S. 295.

Nr. 2 angegebene Grund, aus welchem der höchste Gesetzgeber überhaupt veranlaßt worden ist, einen bestimmten Finderlohn festzusetzen, läßt eine Beschränkung auf jene Fälle, wo der Eigenthümer unbekannt ist, nicht zu. Was das citirte Hofdecret betrifft, so würde dasselbe nur dann für die gegentheilige Meinung sprechen, wenn die darin enthaltene Bestimmung, daß der Finder einer auf einen bestimmten Nahmen lautenden Obligation keinen Finderlohn anzusprechen habe, als eine Folgerung mit dem im Eingange dieser Verordnung angeführten Grunde anzusehen wäre. — Allein der angeführte Grund bezieht sich bloß auf die Vorschrift, daß der Finder einer solchen Obligation, nach dem ersten Absatze des §. 389, verpflichtet sey, sie dem Eigenthümer zurückzustellen oder bey Gerichte zu deponitiren. Die weitere in dem gedachten Hofdecrete vorkommende Bestimmung, daß die übrigen, das Finden verlorner Sachen betreffenden §§., in einem solchen Falle keine Anwendung haben, stehet in demselben selbstständig da, und kömmt darin keineswegs als Folgerung des im Eingange des Hofdecretes angeführten Grundes vor [1]).

5) Es ist bereits oben Nr. 2 berührt worden, daß durch die gesetzliche Bestimmung eines Finderlohnes dem Eigenthümer der verlornen Sache nicht benommen ist, eine größere Belohnung zu verabreichen, oder im vorhinein, bey Kundmachung des Verlustes, einen größeren Finderlohn zu versprechen. Es fragt sich aber, ob er auch an ein solches Versprechen gebunden sey? — Herr Hofrath v. Zeiller sagt, daß dieses gemachte Versprechen, durch die mittelst des Anspruchs des Finders erklärte Annahme, in eine Vertragsverbindlichkeit übergehe, und beruft sich zur Begründung dieser Behauptung auf den §. 861. — Allein der gleich darauf folgende §. 862 setzt bestimmte Termine fest, binnen welchen die Annahme erfolgen muß; erfolgt dieselbe innerhalb dieser Termine nicht, so ist das Versprechen ipso facto erloschen. — Setzen wir z. B.: A habe einen Ring verloren,

1) Man lese hierüber: Beantwortung der Frage, ob der Finder einer Sache, deren Eigenthümer aus ihren Merkmahlen oder aus anderen Umständen deutlich erkannt wird, einen Finderlohn ansprechen könne? — Vom Herrn Dr. Joseph Helm, k. k. oss. ord. Professor des allgem. bürgerl. Gesetzbuches zu Olmütz. In der Wagn. Zeitschr. Jahrg. 1825, VIII. Heft, S. 51 — 56.

welcher 1000 fl. werth ist. Er läßt diesen Verlust in die öffentlichen Blätter einrücken, und verspricht dem Finder 200 fl. als Belohnung. In zwey Monathen darauf wird der Ring erst gefunden; der Finder stellt ihn zurück, und spricht als Finderlohn die zugesicherten 200 fl. an. A aber entgegnet: ihn habe es längst gereuet, eine solche übermäßige Belohnung versprochen zu haben, und behauptet, er (Finder) müsse sich mit dem vom Gesetze bestimmten Lohne, welcher hier 100 fl. ausmache, begnügen. — Ich bin allerdings der Meinung, daß der A die 200 fl. bezahlen müsse. Der §. 862 setzt freylich bestimmte Termine fest, binnen welchen die Annahme eines Versprechens geschehen müsse. Allein er setzt offenbar bestimmte Personen voraus, welchen das Versprechen gemacht wird, und ist folglich auf vorliegenden Fall, wo zur Zeit des gemachten Versprechens ganz unbekannt ist, wer derjenige sey, dem das Versprechen gemacht wird, von keiner Anwendung. So lange, als die verlorne Sache nicht aufgefunden wird, kann von einer Erklärung der Annahme wohl keine Rede seyn, und wird die Sache aufgefunden, so verleiht das Gesetz dem Finder den Termin von acht Tagen, binnen welchem er die gefundene Sache zurückstellen oder den Fund anzeigen muß (§. 389). Läßt der Finder diesen Termin vorübergehen, ohne die Sache zuzustellen, so verliert er ohnehin den Finderlohn, er mag ausdrücklich verheißen seyn oder nicht. Es findet daher der §. 862 nicht einmahl eine analoge Anwendung. Es ist also hier ein Fall vorhanden, der sich weder aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte eines Gesetzes in ihrem Zusammenhange, noch aus der klaren Absicht des Gesetzgebers, noch aus ähnlichen in dem Gesetz bestimmt entschiedenen Fällen, noch aus den Gründen anderer mit diesem Falle verwandten Gesetze entscheiden läßt, und der daher nach natürlichen Rechtsgrundsatzen beurtheilt werden muß. — Nach diesen dauert aber ein einmahl gemachtes Versprechen so lange fort, bis dasselbe widerrufen worden ist. Der Widerruf müßte aber hier auf eine Art und Weise geschehen, daß derjenige, welcher zur Annahme des Versprechens bereit ist, hievon in Kenntniß kommen kann, sohin gleichfalls wieder öffentlich. Hat nun der Finder die ver-

lorne Sache früher gefunden, und sich um den versprochenen Finderlohn gemeldet, als dieser Widerruf öffentlich kund gemacht worden ist, so ist der Verlierer auch schuldig, den verheißenen Finderlohn abzureichen.

6) Die gesetzliche Ausmaß des Finderlohnes besteht in Zehen vom Hundert des gemeinen Werthes der gefundenen Sache. Daß früher die Nr. 2 berührten Auslagen hievon in Abzug gebracht werden, ist hier nicht vorgeschrieben. Uebersteigt der Werth der gefundenen Sache die Summe von zehntausend Gulden, so hat der Finder, außer dem zehnten Theil dieser Summe, sich mit Fünf vom Hundert von dem Ueberschusse des Werthes zu begnügen. So z. B., wenn der Werth der gefundenen Sache 16000 fl. ausmachte, würde der Finder 1300 fl. als Finderlohn bekommen. Ob das Maximum des Werthes von 10000 fl. in Conventionsmünze oder Wienerwährung bestehe, ist aus dem zu entnehmen, was §. 389, Nr. 4 gesagt worden ist. Uebrigens steht es dem Eigenthümer frey, die Sache dem Finder zu überlassen, wenn vielleicht die Kosten und der Finderlohn den Werth der Sache überwiegen sollten.

§. 392.

Wird die gefundene Sache innerhalb der Jahresfrist von Niemanden mit Recht angesprochen, so erhält der Finder das Recht, die Sache oder den daraus gelösten Werth zu benützen. Meldet sich der vorige Inhaber in der Folge, so muß ihm, nach Abzug der Kosten und des Finderlohnes, die Sache oder der gelöste Werth, sammt den etwa daraus gezogenen Zinsen zurückgestellt werden. Erst nach der Verjährungszeit erlangt der Finder, gleich einem redlichen Besitzer, das Eigenthumsrecht.

1) Die Obrigkeit kann, nach §. 390, dem Finder, wenn keine Gefahr obwaltet, die gefundene Sache gleich anfänglich in Handen lassen, und in diesem Falle ist er bloß als ein Verwah-

rer zu betrachten (§. 957). Erst nach Ablauf der Jahresfrist nach der Kundmachung wird ihm die Fruchtnießung eingeräumt. Kraft derselben kann er ohne Zweifel die unverzehrbare Sache gebrauchen, und die gefundene kleinere Summe Geldes inzwischen für sich verwenden; ob er aber auch eine größere Summe für sich benützen dürfe, oder ob selbe fruchtbringend angelegt werden müsse, und er nur die Zinsen davon zu seinem Gebrauche verlangen könne, ist nicht ausdrücklich bestimmt. Herr Hofrath v. Zeiller spricht sich für das Letztere aus, und beruft sich dießfalls auf den §. 509. Allein gerade der §. 509, im Zusammenhange mit dem §. 510, spricht für das Gegentheil, indem der letztere ausdrücklich enthält, daß der zur Fruchtnießung Berechtigte mit dem baren Gelde nach Belieben verfügen könne. Nur wenn ein bereits anliegendes Capital zum Fruchtgenusse oder Gebrauche bewilliget wird, nur in diesem Falle könne der Berechtigte nichts mehr als die Zinsen fordern. Der gegenwärtige §. redet aber hier von der gefundenen Sache; nun kann wohl die gefundene Barschaft zum Capital gemacht und angelegt, aber keineswegs kann ein bereits anliegendes Capital gefunden werden. Es scheint daher kein Zweifel, daß der Finder auch eine größere Summe Geldes ganz nach Belieben für sich benützen könne. Da aber eine solche nicht ohne Gefahr auf bloßen Credit dem Finder überlassen werden kann, so ist er ohne Zweifel hiefür Sicherstellung zu leisten schuldig (§. 520).

2) Zeigt sich der wahre Eigenthümer oder vormahlige Inhaber, so muß ihm nicht nur die Innehabung abgetreten, sondern es müssen ihm nebstbey von dem Finder, der ohnehin, nebst dem Ersatz des Aufwandes, den gesetzlichen oder verheißenen Lohn erhält, auch die inzwischen bezogenen Zinsen zurückgestellt oder in den Lohn eingerechnet werden. Da das Gesetz hier ausdrücklich nur von den gezogenen Zinsen spricht, so ist daraus mit Recht zu folgern, daß der Finder für die eigene Benützung der gefundenen Summe Geldes keinen Ersatz leisten dürfe. Der gesetzliche Grund mag darin liegen, weil es schwer zu bestimmen seyn dürfte, wie viel Gewinn dem Finder das benützte Geld getragen habe — und weil, wenn er verhalten würde, die üblichen Zinsen zu entrich-

ten, er vielleicht einen wirklichen Schaden dadurch leiden könnte, der ihm um so weniger aufgebürdet werden kann, als es dem Eigenthümer, wenn er die verlorne Summe ganz erhält, gleichgültig seyn muß, ob der Finder das Geld in der Zwischenzeit unbenützt liegen ließ, oder für sich davon Gebrauch gemacht habe. — Da übrigens der Finder das gefundene Geld sogleich zu bezahlen schuldig ist, als sich der vorige Inhaber oder Eigenthümer legitimirt, so folgt von selbst, daß, wenn er dieses zu thun außer Stande wäre, er die gesetzlichen Verzugszinsen vom Tage der Einmahnung zu entrichten hätte. — Herr Hofrath von Zeiller bemerkt hiebey, daß die Vorsicht es erforderlich mache, daß der Finder die Sache, damit er nicht etwa in der Folge für den Verlust hafte, nur mit Genehmigung der Obrigkeit oder nach richterlicher Entscheidung herausgebe, und ich glaube, daß, im Falle eine richterliche Entscheidung nothwendig werden sollte, der Finder nicht gehalten werden könne, sich in eigener Person in einen Streit einzulassen, sondern er die Sache gerichtlich hinterlegen könne, in welchem Falle der Rechtsstreit mit einem aufzustellenden Curator abzuführen wäre.

3) Wann eigentlich der Finder das Eigenthumsrecht der gefundenen Sache erlange? — hierüber sind die österreichischen Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Herr Professor Helfert beantwortet diese Frage auf folgende Art [1]): Wenn der vorige Besitzer der gefundenen Sache keine Person ist, welche sich in Ansehung der Ersitzung gegen sie eines Vorrechtes zu erfreuen hat, so ersitzt der Finder die gefundene Sache in drey Jahren, da für die Ersitzung des Eigenthumsrechtes, dessen Gegenstand eine bewegliche Sache ist, der dreyjährige rechtliche Besitz hinreicht. (§. 1466). Es stehe nicht entgegen, daß es im §. 1476 heiße: daß derjenige, welcher eine bewegliche Sache besitzt, und seinen Vormann nicht anzugeben vermag, den Verlauf der sonst ordentlichen Ersitzungszeit doppelt abwarten müsse; denn der Grund der Verdoppelung dieser Verjährung liege darin, daß der

1) Ueber die Erwerbung gefundener Sachen durch Verjährung. Eine Erläuterung des letzten Absatzes des §. 392 des bürgerl. Gesetzbuches. Vom Herrn Dr. Joseph Helfert. Wagn. Zeitschr. 1827, VI. Heft, S. 293 — 321.

Besitzer, welcher keinen Vormann angibt, den Verdacht auf sich ladet, daß er diesen absichtlich verschweige, um die Unredlichkeit oder Unrechtmäßigkeit seines Besitzes oder des Besitzes seines Vormannes durch die Angabe nicht offenbar werden zu lassen; was auf den redlichen Finder unmöglich angewendet werden könne. Eben so wenig stehe entgegen, daß, da es sich bey der Verjährung einer gefundenen Sache von der einen Seite um einen Verlust, von der anderen um einen Gewinn handelt, die Auslegung für jenen, der hiebey verlieren, gegen jenen, der gewinnen soll, zu machen, oder daß die Verjährung als ein rein positives Rechtsinstitut streng zu interpretiren, und bey ihrer Anwendung jede Ausdehnung zu verwerfen sey. Denn diese Regeln, welche den alten Civilisten sehr geläufig waren, haben nunmehr ihren entscheidenden Einfluß verloren. — Ist die Verjährung ein positives Rechtsinstitut, so müsse eben deßwegen von dem schwankenden und unbestimmt natürlichen Rechte abgesehen und den positiven Rechtsbestimmungen getreulich gefolgt werden. Es muß deßhalb auch nur da, und in so weit, und nach jenem Zeitraume eine Verjährung zugelassen werden, als dieselben es wollen, und kann dem, der durch sie verliert, eine längere Zeitfrist zur Verfolgung seiner Rechte um so weniger dort gestattet werden, wo das Gesetz selbst durch mannigfaltige Anstalten für die Erhaltung derselben Sorge getragen hat. — Uebrigens komme in Ansehung der Verjährungszeit sehr viel darauf an, wessen Eigenthum die gefundene Sache sey, und in welchen Verhältnissen sich der Eigenthümer der verlornen Sache befunden habe, daher bey Ausmittelung der Verjährungszeit sich die §§. 1472, 1473, 1475, 1494 und 1496 vor Augen gehalten werden müssen. Der redliche und rechtmäßige Nachfolger eines redlichen Finders ersitze die gefundene Sache in derselben Zeit, in welcher sein Vorfahrer sie ersitzen kann, und ist berechtigt, den Zeitraum, innerhalb dessen sein Vorfahr die gefundene Sache in Besitz hatte, in die ordentliche und außerordentliche Ersitzungszeit mit einzurechnen (§. 1493). Der redliche Nachfolger eines unredlichen Finders könne als Singular-Successor die Ersitzung wenigstens von dem Tage, als er zu dem Besitze der gefundenen Sache

gelangt ist, anfangen (§. 1463), und nach Verlauf von sechs Jahren, als dem doppelten Ersitzungstermine, sie ersitzen (§. 1476). Der Erbe eines unredlichen Finders, welcher den Fund verheimlichet hat, könne die gefundene Sache niemahls ersitzen, da die Verheimlichung den Finder zum unechten Besitzer gemacht und um den rechtmäßigen Besitztitel gebracht hat, und der Erbe eines unrechtmäßigen oder unechten Besitzers aus Mangel eines Titels eben so wenig als sein Vorfahr auf die Erwerbung durch Ersitzung Anspruch hat (§§. 1462, 1464, 1493). Die Beantwortung der weiteren Frage, von welchem Zeitpuncte die Ersitzung zu laufen anfange, hänge von Lösung der Frage ab, wann der Finder zu besitzen beginne. Daß der Anfang des Besitzes des Finders nicht von dem Momente des Findens gerechnet werden könne, folge ganz natürlich aus den Erfordernissen zum Daseyn des Besitzes. Der Finder müsse in dem Augenblicke des Findens den Vorsatz haben, die gefundene Sache ihrem vorigen Inhaber zurückzustellen; ihm also fehle in dem Augenblicke des Findens der Wille, die Sache als die seinige zu behalten. Erst nach Ablauf einer Jahresfrist, vom Tage der vollendeten Kundmachung, wenn nähmlich der Finder das Recht erhält, die Sache zu benützen, könne er zu besitzen anfangen, d. i. den Willen fassen, die Sache als die seinige zu betrachten, da es nun erst wahrscheinlich wird, daß sie von dem vorigen Besitzer nicht mehr werde angesprochen werden, sondern derelinquirt worden sey. Der redliche Finder müsse daher, wenn der vorige Inhaber zu den nicht begünstigten Personen gehört, die Sache durch drey, wenn er aber eine in Ansehung der Ersitzung besonders begünstigte Person ist, durch sechs Jahre benützt haben, oder im erstern Falle den Verlauf von vier, im letzten von sieben Jahren, von dem Tage der vollendeten Kundmachung oder der letzten Einrückung in die Zeitungsblatter abwarten, bevor er die Vollendung der Ersitzung prätendiren könne.

Ich gebe gerne zu, daß, wenn das diesem Raisonnement zum Grunde liegende Princip richtig ist, nähmlich daß der Finder von dem Zeitpuncte der ihm zur Benützung übergebenen Sache Besitzer derselben sey, auch die Folgerungen richtig gezo-

gen seyn mögen; allein ich muß gestehen, daß das aufgestellte Princip selbst meiner Ueberzeugung durchaus nicht entspricht. — Der Finder kann weder vom Augenblick des Findens an, noch nach demselben bis zum Ablauf der Verjährungszeit als redlicher Besitzer angesehen werden. Der §. 388 sagt ausdrücklich, daß im Zweifel nicht zu vermuthen sey, Jemand wolle sein Eigenthum fahren lassen, und daß daher kein Finder eine gefundene Sache für verlassen ansehen dürfe; — und daß der Finder sie auch nach Verlauf einer Jahresfrist, wenn ihm die gefundene Sache zur Benützung überlassen wird, noch nicht als verlassen betrachten, folglich auch redlicher Weise noch nicht den Willen haben könne, sie als die seinige zu behalten, gehet gerade aus der Vorschrift des gegenwärtigen §. hervor, welcher ihm ausdrücklich nur ein Benützungsrecht zugesteht, und ihn vorbedächtlich darauf aufmerksam macht, daß sich der Eigenthümer noch in der Folge melden könne, und daß in diesem Falle nicht nur allein die Sache, oder der daraus gelöste Werth, sondern selbst die etwa daraus gezogenen Zinsen zurückgestellt werden müssen, auf welche der Finder, wenn er redlicher Besitzer wäre, den gültigsten Anspruch zu machen hätte (§. 330). Der gegenwärtige §. sagt auch nicht, daß der Finder redlicher Besitzer sey, auch nicht, daß er einem redlichen Besitzer durchaus gleich gehalten werde, sondern, daß er nach der Verjährungszeit eben so, wie ein redlicher Besitzer das Eigenthum der gefundenen Sache erwerbe. Ist aber der Finder kein Besitzer, so kann auch von keiner Ersitzung die Rede seyn, denn diese ist, nach §. 1452, jene Erwerbungsart, zufolge welcher ein verjährtes Recht vermöge des gesetzlichen Besitzes auf Jemanden anderen übertragen wird. Allerdings kann aber hier die Verjährung im engeren Sinne des Wortes zur Sprache kommen, denn der Eigenthümer kann sein Recht auf die gefundene Sache darum verlieren, weil er es während der vom Gesetze bestimmten Frist nicht ausgeübt hat. — Aus dem Gesagten ist sohin klar, daß hier nur von dieser die Rede seyn könne. Zur eigentlichen Verjährung ist aber ein Zeitraum von dreyßig Jahren nothwendig (§. 1478). Es kann also auch unter dem Ausdrucke „Verjährungszeit" im gegenwärtigen §. um

so weniger ein kürzerer Zeitraum verstanden werden, als das Gesetz den Finder einem redlichen Besitzer, in Ansehung der Erwerbung des Eigenthums der gefundenen Sache durch Verjährung, gleich stellet, ein bloß redlicher Besitzer aber, wenn er nicht auch zugleich ein rechtmäßiger ist, zur Erwerbung des Eigenthums durch Ersitzung einen dreyßigjährigen Zeitraum nothwendig hat (§. 1477). Setzen wir den Fall: ein Erbe halte die in der Verlassenschaft des Erblassers befindliche Uhr, die diesem zur Verwahrung übergeben wurde, für das Eigenthum desselben, und eigne sich sohin dieselbe in gutem Glauben zu. Nach vier Jahren meldet sich nun der Eigenthümer; wird er sie nicht dem letzteren zurückstellen müssen? Wenn nun derjenige, der die Sache wirklich als sein Eigenthum angesehen hat, selbe in dieser Zeit noch nicht ersessen hat, warum soll der, welcher die Sache nie als die seinige anzusehen berechtiget war, in kürzerer Frist das Eigenthum derselben erwerben? — Das bereits Gesagte findet auch durch folgende Betrachtung eine nicht unwichtige Unterstützung. Der österreichische Gesetzgeber führt hier das Finden verlorner Sachen als eine Erwerbungsart durch Zueignung auf, welche es nach den hier vorausgeschickten Erörterungen auch wirklich ist. — Zwar darf der Finder die gefundene Sache nicht gleich ursprünglich für verlassen ansehen; ist aber der Verjährungstermin abgelaufen, so hat auch der Eigenthümer der Regel nach sein Eigenthumsrecht verloren, und der Finder erlangt also das Eigenthum derselben darum, weil sie eine herrenlose Sache geworden ist, auf die jedoch er, als Finder, den vorzüglichsten Anspruch zu machen hat, und in so fern sie sich wirklich in dessen Händen befindet, von ihm im eigentlichen Sinne im Momente des von dem Eigenthümer geschehenden Verlustes bereits occupirt ist. Ist der Eigenthümer der gefundenen Sache eine in Ansehung der Verjährung begünstigte Person, oder befindet er sich in solchen Verhältnissen, bey deren Vorhandenseyn die Verjährungszeit weiter hinausgedehnt wird, so scheint auch in diesem Falle der Termin zur Eigenthumserwerbung nach den dort aufgestellten Grundsätzen weiter hinaus gerückt werden zu müssen. — Allein, da nur das Gewöhnliche und Ordentliche vermuthet wird,

so kann der Finder nach Ablauf der ordentlichen Verjährungszeit von dreyßig Jahren die gefundene Sache allerdings als sein Eigenthum ansehen, und er ist daher für alle Fälle von dieser Zeit an als ein redlicher Besitzer zu betrachten. — Aus dem Gesagten ergibt sich zugleich, daß die Verjährungszeit von dem Momente des Findens zu laufen anfange.

4) Hier glaube ich noch die Frage beantworten zu müssen: welche Rechtsmittel dem Finder zu Gebothe stehen, wenn ihm die Sache abhanden kömmt, und er sie nun in den Händen eines Dritten entdecket? — Es ist nicht leicht gedenkbar, daß sich die gefundene Sache ohne eine unterlaufene, durch das Strafgesetz verpönte Handlung in dem Besitze eines Dritten befinden könne. Darum wird sich auch über eine Anzeige des Findens die competente Strafbehörde aufgefordert sehen, das eigentliche Sachverhältniß Amteswegen zu erheben, welches zur Folge hat, daß der Besitzer zur Angabe, wie auf was Weise die Sache in seinen Besitz gekommen ist, befragt werde. Kann nun dieser einen gültigen Titel, wodurch er zum Besitze gelangt ist, nicht ausweisen, so wird ihm die Sache, als eine verdächtige, abgenommen, und der Finder in sein Recht, selbe zu benützen, eingesetzt werden. Weiset er sich aus, daß er die Sache in einer öffentlichen Versteigerung oder von einem befugten Gewerbsmanne erhalten habe, oder daß er die durch einen gültigen Titel erlangte Sache schon über die gesetzliche Verjährungszeit im Besitze habe, dann hat er das Eigenthumsrecht erworben, und er ist in diesem Falle nicht einmahl verpflichtet, dem Finder seinen Finderlohn zu vergüten, denn seine Eigenthumserwerbung steht mit dem Finden in keinem Zusammenhange. — Hat der Besitzer nachgewiesen, daß er die Sache durch einen gültigen Titel an sich gebracht habe, sein Eigenthumsrecht aber nicht dargethan, so kömmt es darauf an, ob nachgewiesen werden kann, daß sein Vormann der Eigenthümer *nicht* gewesen sey. Kann dieses dargethan werden, indem z. B. sein Vormann bey der Untersuchung selbst gestand, daß er die Sache gestohlen, oder daß er sie gefunden habe, — dann kömmt eben dadurch der Besitzer zur Ueberzeugung, daß auch er nicht der

Eigenthümer seyn könne; — er muß daher die Sache restituiren, weil er sonst unredlicher Besitzer werden würde. Kann aber dieses nicht nachgewiesen werden, so muß wenigstens als möglich angenommen werden, daß sein Vormann wirklicher Eigenthümer gewesen sey; in diesem Falle kömmt ihm daher die Vermuthung des §. 372 zu Statten.

§. 393.

Wer immer die in den §§. 388 — 392 angeführten Vorschriften außer Acht läßt, haftet für alle schädlichen Folgen. Läßt sie der Finder außer Acht, so verwirkt er auch den Finderlohn, und macht sich, zufolge des Strafgesetzbuches, noch überdieß nach Umständen des Betruges schuldig.

1) Die allgemeine Haftung ist eine Folge der im Hauptstücke vom Rechte des Schadenersatzes ausgesprochenen Grundsätze. Der Schade kann, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt hat, in dem gänzlichen Verluste der Sache, oder eines Theils, oder in einer Verschlimmerung derselben bestehen, und bald dem Verschulden des Finders, der die vorgeschriebene Anzeige unterlassen, oder die ihm anvertraute Sache verwahrloset, bald der Obrigkeit, welche die gehörige Kundmachung hintan gesetzt hat, oder beyden zugleich (wie wenn die Sache einem verdächtigen, unredlichen Finder gleich anfänglich in den Händen gelassen worden wäre) zuzuschreiben seyn. Im letzteren Falle werden Obrigkeit und Finder dem Eigenthümer für jeden Nachtheil in solidum verantwortlich seyn.

2) Auf einen Lohn kann der Finder nur dann Anspruch machen, wenn er sich nach Vorschrift des Gesetzes benimmt. — Er verliert also im obigen Falle, nebst dem, daß er den allenfalls verursachten Schaden zu ersetzen verpflichtet ist, auch den Finderlohn. Die von ihm bestrittenen Kosten sind ihm aber für alle Fälle von dem Eigenthümer zu ersetzen, da sich der letztere sonst zu dessen Schaden bereichern würde. — Hat der Finder, welchem gleich anfänglich die gefundene Sache in seinen Händen

belassen worden ist, die Vorschriften der §§. 388 — 392 zwar beobachtet, aber die dem Verwahrer obliegende pflichtmäßige Obsorge vernachlässiget, und die Sache ist dadurch zu Schaden gekommen, so hat er diesen zwar nach §. 964 gleichfalls zu verantworten, aber der Verlust des Finderlohnes ist bloß mit Außerachtlassung der in den §§. 388 — 392 enthaltenen Vorschriften verknüpft.

3) Wer gefundene Sachen geflissentlich verhehlet und sich zueignet, macht sich, wenn der Schade sich höher, als auf fünfundzwanzig Gulden beläuft, des Verbrechens des Betruges schuldig. Die Strafe des Betruges ist insgemein Kerker von sechs Monathen bis zu einem Jahre; sie kann aber, nach dem Grade der Gefährlichkeit, nach der Schwierigkeit, sich dagegen vorzusehen, nach der öfteren Wiederhohlung und Größe des Betruges, auf fünf Jahre ausgedehnet werden. Uebersteigt der Betrag, den sich der Thäter durch das Verbrechen zugewendet, die Summe von dreyhundert Gulden, oder ist dem Betrogenen ein nach seinen Umständen empfindlicher Nachtheil verursacht worden, hat der Verbrecher den Betrug mit besonderer Kühnheit verübet, oder sich die Betriegereyen zur Gewohnheit gemacht, so ist die Strafe schwerer Kerker von fünf bis zehn Jahren [1]). Betriegereyen, welche nicht als Verbrechen bestraft zu werden geeignet sind, sollen mit einfachem oder strengem Arreste von einer Woche bis zu drey Monathen bestraft, nach Beschaffenheit der Umstände der Arrest auch mit schwerer Arbeit, Fasten und Züchtigung verschärfet werden [2]). Ist der Werth der gefundenen Sache so unbedeutend, daß er einen Gulden nicht übersteigt, so ist der Finder zu einer Anzeige nicht verpflichtet; die unterlassene Anzeige kann ihm daher nicht als sträfliche Verhehlung angerechnet, und er auch nicht als Betrieger bestrafet werden, wenn er sich auch die gefundene Sache zugeeignet hätte, weil das Gesetz Verhehlung und Zueignung zum Begriffe des Betruges fordert. Hätte er aber auf ausdrückliches Befragen des Eigenthümers den Fund verläugnet, so würde er allerdings we-

1) Strafgesetzbuch 1. Theil, §§. 179 — 182.
2) Ebenda 2. Theil, §§. 210 und 211.

gen der schweren Polizey-Uebertretung des Betruges bestraft werden können.

§. 394.

Mehreren Personen, welche eine Sache zugleich gefunden haben, kommen in Rücksicht derselben gleiche Verbindlichkeiten und Rechte zu. Unter die Mitfinder wird auch derjenige gezählt, welcher zuerst die Sache entdecket und nach derselben gestrebet hat, obgleich ein Anderer sie früher an sich gezogen hätte.

1) Die Rechte der Mitfinder sind nach gleichen Antheilen (§. 839) gemeinschaftlich; es liegt ihnen aber auch die gemeinschaftliche Verbindlichkeit zur Erfüllung der jedem Finder vorgeschriebenen Pflichten ob. — Dieses ist aber nicht so zu verstehen, als ob jeder Finder insbesondere alle diese gegebenen Vorschriften zu beobachten hätte, z. B. als ob jeder die Kundmachung des Fundes abgesondert für sich zu veranlassen hätte, sondern jeder der Finder ist lediglich verantwortlich, daß sie überhaupt beobachtet werden. Ist daher z. B. die Kundmachung von einem der Finder bereits veranstaltet, oder von ihm die Anzeige bey Gericht gemacht worden, so ist dieses vollkommen hinreichend. Dagegen würde es dem einen Finder in Bezug auf die civilrechtlichen Folgen nichts nützen, wenn er die unterlassene Anzeige bey der Obrigkeit mit dem entschuldigen wollte, daß sein Mitfinder dieses Geschäft auf sich genommen habe.

2) Das Finden einer Sache begreift theils die Entdeckung, theils die wirkliche Ergreifung derselben in sich. Das bloße Streben, die Sache zu ergreifen, scheint noch nicht als wirkliches Finden angesehen werden zu können; denn wenn z. B. Jemand eine verlorne Sache entdecket, und zu deren Ergreifung bereits Hand angelegt hat, aber noch ehe er ihrer habhaft werden konnte, durch Menschen oder Thiere verscheucht worden ist, so wird man nicht sagen können, daß er die Sache gefunden habe. Strenge genommen könnten daher auch nur diejenigen als Mit-

finder betrachtet werden, welche die Sache zugleich ergriffen haben [1]). Allein da in dem Falle, als mehrere Personen eine Sache entdecken und nach deren Ergreifung streben, es leicht unter ihnen zu Thätlichkeiten kommen könnte, wenn nur derjenige als Finder angesehen würde, der die Sache wirklich ergreift, so hat der österreichische Gesetzgeber sehr weise angeordnet, daß auch derjenige als Mitfinder anzusehen sey, welcher zuerst die Sache entdeckt und nach derselben gestrebt hat. — Indessen scheinet eben aus dem angegebenen Grunde die durch das positive Gesetz geschehene Erweiterung des Begriffes eines Mitfinders nur zu dessen Gunsten in Ansehung der damit verbundenen Rechte geschehen zu seyn; wer daher auf diese Verzicht leistet, kann zu den den Mitfinder treffenden Obliegenheiten nicht angehalten werden. Setzen wir z. B. den Fall: A entdecke unter einem Gebüsche einen kostbaren Ring; er theile diese Entdeckung seinem Gefährten B mit, und bemühe sich durch das Gebüsch einzudringen. B, gewandter als A, kömmt ihm zuvor, und ergreift den Ring. Dem A ist die Bestimmung dieses §. unbekannt; er überläßt dem B den gefundenen Ring, ohne sich um selben mehr zu bekümmern. Letzterer unterläßt die Anzeige, und eignet sich denselben zu. In diesem Falle scheint der A hiefür nicht verantwortlich zu seyn.

§. 395.

b) verborgener Gegenstände;

Werden vergrabene, eingemauerte, oder sonst verborgene Sachen eines unbekannten Eigenthümers entdeckt, so muß die Anzeige, wie bey dem Funde überhaupt, gemacht werden.

§. 396.

Wird der Eigenthümer aus den äußerlichen Merkmahlen oder anderen Umständen entdeckt, so ist

1) Diese Ansicht scheint auch dem preußischen Gesetzbuche zum Grunde zu liegen. 1. Theil, 9. Titel, §§. 67 — 69.

ihm die Sache zuzustellen; er muß aber, wenn er nicht beweisen kann, schon ehe Kenntniß davon gehabt zu haben, dem Finder den §. 391 ausgemessenen Finderlohn entrichten.

§. 397.

In dem Falle, daß sich der Eigenthümer nicht sogleich erkennen läßt, muß die Obrigkeit nach den Vorschriften der §§. 390 — 392 verfahren.

1) Von dem Finden verlorner Sachen unterscheidet sich die Entdeckung verborgener Gegenstände. Gewöhnlich werden Sachen, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, nur auf eine kurze Zeit im Drange der Umstände, z. B. bey feindlichen Einfällen, aus Furcht vor Räubern u. dgl., vergraben, eingemauert oder sonst verborgen gehalten. — Meistens ist dem Eigenthümer der Ort, wo sie sich befinden, bekannt; öfters aber ereignet es sich, daß ihm derselbe selbst aus dem Gedächtnisse gekommen ist, und er nicht mehr weiß, an welchem Orte die Sache verborgen ist. — Werden nun solche verborgene Sachen zufälliger Weise von einem Fremden entdeckt, so ist vorerst zu unterscheiden, ob der Eigenthümer aus der Beschaffenheit des Gegenstandes, oder den Orts- und Zeitumständen u. s. w. sogleich auffalle oder nicht. — Im ersteren Falle ist ihm die Sache eben so, wie bey dem Funde einer solchen Sache, binnen längstens acht Tagen (§. 389, Nr. 2) zuzustellen.

2) Stellt der Eigenthümer sich nicht sogleich dar, so ist der Entdecker für jeden Fall verpflichtet, die Anzeige hievon der Ortsobrigkeit zu machen. Der Grund, warum dem Entdecker auch bey dem minderen Werthe der verborgen gelegenen Sache nicht gestattet ist, die Kundmachung unmittelbar selbst zu veranstalten, liegt theils darin, weil eben aus dem Umstande der sorgfältigen Verwahrung ein höherer Werth, wenn auch nur der besonderen Vorliebe, vorausgesetzt wird, theils weil nicht immer dem Entdecker die Beurtheilung zugetraut werden kann, ob die verborgen gelegene Sache nicht etwa unter die Schätze gehöre.

3) Der Obrigkeit liegt dann ob, die Umstände der Entdeckung genau zu erheben, und wenn in dieser Hinsicht die gemachte schriftliche Anzeige eine nicht genügende Aufklärung geben sollte, den Entdecker persönlich vorzurufen, und die unvollständige Anzeige ergänzen zu lassen, auch die allenfalls davon Wissenschaft habenden Zeugen hierüber zu Protocoll zu vernehmen, und sich selbst durch den Augenschein von den Localverhältnissen eine klare Anschauung zu verschaffen, um aus diesem allen Spuren des vermuthlichen Eigenthümers zu entdecken.

4) Wird der Eigenthümer auf diese Art und Weise ausgeforscht, so ist ihm gleichfalls die Sache zurückzustellen. Ob der Eigenthümer dem Entdecker einen Finderlohn zu bezahlen habe oder nicht, kommt auf den Umstand an, ob er beweisen kann, schon eher Kentniß davon gehabt zu haben, daß die Sache an dem bestimmten Orte verborgen gehalten worden sey oder nicht. Im ersteren Falle ist kein Finderlohn zu entrichten; im letztern aber ist der nähmliche Lohn zu bezahlen, der dem Finder einer verlornen Sache zuerkannt worden ist. Deßhalb ist auch bey Vernehmung des vermutheten Eigenthümers vorsichtig zu Werke zu gehen, und bey selber auch zu erheben, ob er von dem verborgenen Gegenstande und dem Verwahrungsorte bereits früher genaue Wissenschaft hatte, oder erst nach Entdeckung der verborgenen Sache hievon Kenntniß erlanget hat. — In allen jenen Fällen, wo der Finder durch seine Handlungsweise den Finderlohn verwirket, gehet er auch für den Entdecker der verborgenen Sache verloren.

5) Kann der Eigenthümer durch die hier bezeichneten Mittel nicht bald erforschet werden, so hat die Obrigkeit die Kundmachung dieser Entdeckung auf die im §. 390 bezeichnete Art und Weise zu verfügen, und sich überhaupt hiebey ganz nach den Vorschriften der §§. 390 — 392 zu benehmen. — Ist es zweifelhaft, ob die entdeckte Sache nicht als ein Schatz anzusehen sey, so ist es vorsichtig, die Weisung der Landesstelle vorerst einzuhohlen, und erst dann, wenn die Entscheidung erfolgt, daß die Sache als kein Schatz zu behandeln sey, die Kundmachung zu verfügen.

§. 398.

c) eines Schatzes.

Bestehen die entdeckten Sachen in Geld, Schmuck oder anderen Kostbarkeiten, die so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann, dann heißen sie ein Schatz. Die Entdeckung eines Schatzes ist von der Obrigkeit der Landesstelle anzuzeigen.

1) Ein Schatz unterscheidet sich von verborgen gelegenen Sachen überhaupt wesentlich durch das Merkmahl der langen Verborgenheit, wodurch der Eigenthümer unerforschlich geworden ist. — Herr Hofrath v. Zeiller fügt zwar diesem Merkmahle auch noch ein anderes hinzu, nahmlich, daß die Sache in einer Kostbarkeit bestehe, folglich von hohem Werthe sey, und sagt, daß Sachen von minderem Werthe, ungeachtet ihrer langen Verborgenheit, nicht nach den Vorschriften über Schätze, sondern eben so, wie wenn die Vermuthung einer langen Verborgenhaltung wegfällt, nach jenen über verborgen gelegene Sachen überhaupt behandelt werden sollen. Allein ich kann dieser Behauptung nicht beystimmen. Denn das Gesetz sagt: „Geld, Schmuck und andere Kostbarkeiten." Da es nun das Quantum des Geldes nicht bestimmt, und dasselbe auch von geringem Betrage seyn kann; da ferner unter Schmuck auch unechte Steine begriffen werden (§. 678), welche gleichfalls von minderem Werthe seyn können, so scheinen auch unter dem Ausdrucke „andere Kostbarkeiten" alle übrigen, dem Gelde und Schmucke ähnlichen Sachen, welche auch in den Verlassenschafts-Inventarien gewöhnlich in der Rubrik „Preciosen" eingetragen zu werden pflegen, verstanden werden zu müssen, ohne Unterschied, ob sie von hohem oder minderem Werthe sind, und zwar um so mehr, als gerade die lange Verborgenheit ihnen einen höheren Werth verleihen kann. Das Verfahren bey Entdeckung anderer verborgener Gegenstände setzt offenbar voraus,

daß die Eigenthümer derselben ausgeforscht werden können; wozu eine Kundmachung, wenn der Eigenthümer unerforschlich ist? — Entgegnet man mir hierauf, daß die Möglichkeit, der Eigenthümer oder dessen Erben werden sich melden, immer vorausgesetzt werden müsse, so erwiedere ich, warum diese Möglichkeit gerade bey Sachen von geringem Werthe, und nicht vielmehr bey Sachen von höherem Werthe vorausgesetzt werde? — Eben darum also, weil die Vorschriften über das Finden verlorner oder verborgener Gegenstände auf jenen Fall nicht anwendbar sind, wenn Sachen entdeckt werden, die so lange im Verborgenen gelegen haben, daß der Eigenthümer unerforschlich ist, bey welchen sohin der sogleichen Zueignung kein Hinderniß im Wege stehet, scheint eine Vorschrift nothwendig, wem das Recht der Zueignung in diesem Falle zustehe, und diese ist im gegenwärtigen §. gegeben. Ist die Sache von minderen Werthe, so wird es die Staatsverwaltung ohnehin nicht der Mühe werth finden, den das Aerar treffenden Antheil einzuziehen. Aber warum der Grundeigenthümer, auf dessen Grund und Boden sie gefunden wird, darum seinen Antheil verlieren soll, weil sie von minderem Werthe ist, läßt sich nicht absehen.

2) Wie lange die Sache im Verborgenen gelegen haben müsse, damit sie als ein Schatz behandelt werden könne, läßt sich nicht genau bestimmen. Das preußische Gesetzbuch sagt: Es bedarf keines Aufgebothes, wenn aus der Beschaffenheit des entdeckten Schatzes selbst sich ergibt, daß derselbe schon seit einem oder mehreren Jahrhunderten verborgen gewesen sey [1]). Allein nach dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches wird es hier viel auf die Orts- und Zeitverhältnisse ankommen. Wenn z. B. nach Jahrhunderten in einem Hause, das erweislich seit 150 Jahren nur von den Hausinhabern bewohnt wurde, und dann vom Vater zum Sohne überging, verborgenes Geld gefunden wird, so kann man nicht sagen, daß der Eigenthümer unerforschlich ist; denn es ist möglich, daß sich der Hausbesitzer als Erbeserbe desjenigen, der das Geld hier verborgen hat, zu demselben legitimiren könne. Wie lange eine solche Sache im Verborgnen gelegen habe, kann gewöhnlich nur durch Kunstverständige bestimmt werden.

1) Erster Theil, 3. Titel, §. 79.

§. 399.

Von einem Schatze wird der dritte Theil zum Staatsvermögen gezogen. Von den zwey übrigen Drittheilen erhält Eines der Finder, das andere der Eigenthümer des Grundes. Ist das Eigenthum des Grundes getheilt, so fällt das Drittheil dem Ober- und Nutzungseigenthümer zu gleichen Theilen zu.

1) Da der Eigenthümer eines Schatzes unerforschlich ist, so hat kein Privat auf selben einen rechtlichen Anspruch. Dagegen kann es nach dem, was bereits §. 287 gesagt worden ist, keinem Zweifel unterliegen, daß der Staat berechtiget sey, sich denselben zuzueignen. Allein Billigkeit und politische Rücksichten stimmen jedoch dafür, daß sowohl der Finder (§. 391), als der Grundeigenthümer, von dessen Vorfahren der Schatz vielleicht herrührt, und der ein Recht auf die Proprietät, oder zugleich auf die ordentlichen Nutzungen hat, einen Theil davon erhalte [1]). Darauf gründet sich die im Texte festgesetzte Vertheilung des Schatzes.

2) Der Regel nach kann Jeder seinen Antheil in Natur fordern. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt ein, wenn alte Münzen oder andere Alterthümer und Denkmähler aufgefunden werden, welche zur Aufstellung in dem k. k. Münz- und Antiquencabinette geeignet sind. Denn dem Finder von Münzen, mit Ausnahme jener, von welchen weiter unten Nr. 3, sub lit. e die Rede seyn wird, stehet keineswegs das Recht zu, die ihn auf seinen Antheil treffenden, in Natur zu verlangen, sondern er muß sich mit dem Schätzungs- und respective Verkaufspreise derselben begnügen [2]). Als Alterthümer werden vorzüglich folgende angesehen: Statuen, Brustbilder und Köpfe aus Erz oder Stein; kleinere Figuren oder sogenannte Götzenbilder von

1) Siehe Zeiller's Commentar.

2) Hofkammerdecret vom 2. März 1820; Gesetzs. für Oesterreich unter der Enns. 2. B., S. 210.

edlen oder unedlen Metallen, Steinen oder von Thon; Waffen, Gefäße, Lampen und Geräthe von Erz oder anderen Stoffen; erhabene oder tief geschnittene Steine; Steine mit halb erhabener Arbeit (Bas-reliefs); Steine mit bloßen Aufschriften, und Grabmähler. — Die alten Münzen und Medaillen, sie mögen in Gold, Silber oder Kupfer bestehen, so wie die hier berührten Alterthümer und Denkmähler, sind jedes Mahl nach Wien einzusenden. Sollte es sich jedoch ergeben, daß eine Steinschrift oder ein Grabmahl von bedeutender Größe und Schwere aufgefunden würde, so ist vor Einsendung derselben ungesäumt eine vorläufige Anzeige mit einer kurzen Beschreibung oder Copie (Zeichnung) davon vorzulegen, damit der literarische oder artistische Werth beurtheilt werden könne [1]).

3) Für diese also eingesendet werdenden Alterthümer und Denkmähler wird der Werth jederzeit ersetzt, und es ist in dieser Hinsicht nun dießfalls ein gleichförmiges Verfahren in allen Provinzen des österreichischen Kaiserstaates zu erzwecken, um eines Theils das Studium der Numismatik zu befördern, anderen Theils aber auch gegen den Finder und Grundeigenthümer die gehörige Billigkeit zu beobachten, von Sr. Majestät Folgendes festgesetzt worden [2]):

a. Sind dergleichen Fundmünzen und Kostbarkeiten immer sogleich, wie sie gefunden werden, nach der Menge, Inhalt, Form und Jahren, wenn diese vorkommen, so genau als möglich zu beschreiben und zu schätzen, von den Münzen aber der innere Werth durch die Landes-Münzprobierämter, wo deren bestehen, in Conventionsmünze-Silbergeld bestimmen zu lassen; sodann aber diese gefundenen Sachen mit der Beschreibung derselben unverzüglich an die k. k. Hofkammer einzusenden. — Von den Münzen ist der Betrag des von den Landes-Münzprobierämtern angegebenen inneren Werthes in Silbermünze inzwischen aus der Cameralcasse vorzuschießen, und sogleich, nach Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches, mit dem Beysatze zu vertheilen, daß, wenn für die gefunde-

1) Hofkanzleydecret vom 5. März 1812; P. G. S. 38. B., S. 157.

2) Hofkammerdecret vom 12. Juny 1816; P. G. S. 44. B., S. 224.

nen Sachen bey deren Verkaufe mittelst der k. k. allgemeinen Hofkammer ein höherer Betrag gelöset wird, ihnen dieser nachträglich zukommen soll. — Dieses versteht sich auch von allen anderen Kostbarkeiten, von welchen die Landes-Münzprobierämter einen inneren Werth sicher bestimmen können. Von anderen Sachen wird der Betrag, nach geschehenem Verkaufe, zur gesetzmäßigen Vertheilung übermacht, oder die Sache selbst, wenn das k. k. Cabinett dieselbe nicht behält, auf Begehren des Finders, gegen Bezahlung oder Abrechnung auf den ihm zukommenden Antheil, zurückgestellt. Sowohl der Betrag des Vorschusses, als die Vertheilung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, müssen bey Einsendung des Schatzes an die k. k. Hofkammer angezeigt werden.

b. Die an die k. k. allgemeine Hofkammer gelangten Fundsachen werden dann versiegelt, wie sie einlangen, durch das k. k. Oberstkämmereramt an das Münz- und Antikencabinett mit einer Abschrift der Beschreibung und des im Lande angegebenen inneren Werthes oder der Schätzung abgegeben. Von dem, was das k. k. Münz- und Antikencabinett für sich behält, wird der Betrag von demselben bezahlt, der Ueberrest aber mit einer von dem Cabinette gemachten Beschreibung an die k. k. allgemeine Hofkammer zurückgestellt.

c. Alles dasjenige, was das k. k. Münz- und Antikencabinett für sich nicht behält, und mit einer verfaßten Beschreibung zurückstellt, wird jährlich ein Mahl durch das Auctionsinstitut in Wien verkauft, wozu vorläufig der Catalog verfasset, und solcher mit dem Tage zum Verkaufe durch die k. k. allgemeine Hofkammer bekannt gemacht wird. Einige besondere Verfügungen werden sub lit. h und i vorkommen.

d. Die Versteigerung geschieht nach dem Finanzpatente vom 1. Juny 1816, §. 3, in gesetzmäßigen Gold- und Silbermünzen; zur Bestreitung der Kosten werden zu dem angegebenen innern Werthe 10 oder 12 Procent nach Umständen zugeschlagen.

e. Unverkauft gebliebene oder zum Verkaufe nicht geeignete Münzen werden eingeschmolzen, oder an den Finder auf sein Verlangen, gegen Bezahlung oder Abrechnung auf den ihm zukommenden Antheil, zurückgestellt.

f. Auch alle an das k. k. Hauptmünzamt in Wien oder die k. k. Münz-Einlösungsämter in den Provinzen zur Einlösung gelangende alte seltene Münzen oder Schaustücke werden dem Studium der Numismatik vorbehalten. Was nun von diesen in Wien oder in den Provinzen bey den Einlösungsämtern vorkömmt, und von denselben allezeit dorthin an das k. k. Hauptmünzamt zu senden ist, wird von demselben beschrieben und im Werthe bestimmt, und mit der Beschreibung und Bestimmung des Werthes an die k. k. allgemeine Hofkammer zur weiteren Beförderung an das k. k. Oberstkämmereramt für den Gebrauch und die Auswahl des k. k. Münz- und Antikencabinettes übergeben. — Was nun hievon das k. k. Cabinett behält, dafür wird der bestimmte Werth bezahlt; das Uebrige aber mit der Beschreibung an die k. k. allgemeine Hofkammer zurückgestellt, welche dann die Auction nach der Vorschrift lit. d veranlassen, den inneren Werth, und den durch die Auction etwa eingehenden Mehrbetrag gehörig abführen wird.

g. Die in dem lombardisch-venetianischen Königreiche gefundenen Münzen und Kostbarkeiten sind nach Vorschrift lit. a an die k. k. allgemeine Hofkammer einzusenden, und von dort aus, nach Weisung lit. b, an das k. k. Münz- und Antikencabinett abzugeben. — Was nun hievon das k. k. Cabinett für sich behält, dafür wird die Bezahlung von demselben geleistet, der Ueberrest dann mit der Beschreibung dem k. k. Mailänder Münzcabinette, so lange Se. Majestät solches fortbestehen lassen, zur Auswahl der für dasselbe noch anwendbaren Stücke, gegen ganze Vergütung des angegebenen inneren Werthes, und einer 10procentigen Aufgabe, zurückgestellt; was nun auch das Cabinett für sich unanwendbar findet, ist den dortigen Münzliebhabern durch eine mittelst des k. k. Guberniums, nach Weisung c und d zu veranlassenden Versteigerung hintan zu geben. — Es versteht sich von selbst, daß von dem gesammten eingegangenen Betrage vorzüglich der allfällige Aerarialvorschuß und die Auslagen auf die Auction zu vergüten, der Rest aber weiters nach Vorschrift der Landesgesetze zu vertheilen ist.

h. Auf gleiche Art wird auch allen übrigen öffentlichen Musäen, in Betreff der im Umfange des Landes, in welchem sie bestehen, gefundenen Münzen und Kostbarkeiten, gegen Vergütung des innern Werthes und einer 10procentigen Aufgabe, die Begünstigung von Sr. Majestät zugestanden.

4) Aus dem Inhalte des gegenwärtigen §. ist zu ersehen, daß ein Theil des Schatzes oft mehreren Personen, und eben so mehrere Theile einer Person gebühren können. — Ersteres ist z. B., wie schon Herr Hofrath von Zeiller erwähnt, der Fall, wenn das Grundstück, auf welchem ein Schatz gefunden worden ist, mehrere Eigenthümer hat, in welchem Falle jeder Miteigenthümer an den obenbestimmten Rechten des Eigenthümers, nach dem Verhältnisse seines Rechtes auf das Grundstück selbst, Antheil hat; oder wenn der Schatz an der Gränze mehrerer Grundeigenthümer gefunden wird, wobey jedoch die von ihm (Zeiller) nicht berührte Frage entsteht, nach welchen Theilen der den Grundeigenthümer treffende Antheil unter die Gränznachbarn zu vertheilen kömmt. Das allgemeine preußische Landrecht [1]) ordnet dießfalls an, daß, wenn ein Schatz auf der Gränze gefunden wird, das Eigenthum desselben zwischen den Gränznachbarn gleich getheilt werde, und daß es dabey keinen Unterschied mache, wenn auch der Schatz nicht gerade in der Mitte gefunden worden wäre, sondern den Grund eines oder des anderen Nachbars mehr oder weniger berührt hätte. Da das österreichische bürgerliche Gesetzbuch hierüber keine ausdrückliche Bestimmung enthält, so scheinet nach der Analogie des §. 407 auch nach österreichischem Rechte ein Gleiches behauptet werden zu müssen. Dabey versteht es sich von selbst, daß, wenn einer der Miteigenthümer oder Gränznachbarn zugleich der Finder ist, ihm auch noch außerdem auf seinen und die Antheile der übrigen Interessenten die Rechte des Finders zustehen. — Daß der Fruchtnießer auf einen Schatz keinen Anspruch habe, wird §. 511 vorkommen; noch weniger kann ein solcher dem Bestandnehmer einer Sache zugestanden werden (§. 1098). Da bey einem Fideicommisse das Eigenthum zwi-

1) Erster Theil, 9. Titel, §§. 91 — 92.

schen den Anwärtern und dem Fideicommiß-Inhaber getheilt ist, und letzteren nur das Nutzungseigenthum zukömmt (§. 629), so fällt diesem ein Sechstheil des ganzen Schatzes zu, der andere Sechstheil aber gehört allen Anwärtern und ist sohin gleichsam als ein Zuwachs des Fideicommisses selbst zu betrachten, und nach Umständen bey selben entweder in Natur aufzubewahren, oder als fruchtbringendes Capital von einem jeweiligen Fideicommiß-Besitzer zu genießen. In wie fern ein Superficiarius auf einen Schatz Anspruch habe, wird bey Erklärung des §. 1147 vorkommen.

§. 400.

Wer sich dabey einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht, wer ohne Wissen und Willen des Nutzungs-Eigenthümers den Schatz aufgesucht, oder den Fund verheimlichet hat, dessen Antheil soll dem Angeber, oder, wenn kein Angeber vorhanden ist, dem Staate zufallen.

1) Einer solchen unerlaubten Handlung macht sich derjenige schuldig, der sich zur Nachsuchung von Schätzen vermeintlicher Zaubermittel, durch Geisterbannen, Citiren der Verstorbenen, oder anderer dergleichen abergläubischen Sachen bedient, und zwar ohne Unterschied, ob er dieses aus betrieglicher Absicht, oder aus eigenem Aberglauben thut, so wie auch derjenige, der bey Nachsuchung eines Schatzes den polizeylichen Anordnungen, welche zur Verhüthung von Feuersbrünsten oder anderen gemeinen Beschädigungen gegeben sind, entgegen handelt.

2) Niemand ist berechtigt, auf fremdem Grund und Boden ohne Bewilligung des Eigenthümers eine Nachsuchung zu veranstalten. Thut er es doch, und findet er wirklich einen Schatz, so wird er dadurch seines Antheils, den er in dem Falle anzusprechen gehabt hätte, wenn der Eigenthümer des Grundes und Bodens darum gewußt hätte, verlustig erklärt.

3) Findet Jemand einen Schatz, so ist er verpflichtet, von diesem Funde die Anzeige zu machen. Einen Termin, binnen welchem diese Anzeige zu geschehen hat, hat das Gesetz zwar in

denjenigen §§., welche von den Schätzen insbesondere handeln, nicht ausdrücklich festgesetzt; aber es ist kein Zweifel, daß hier das nähmliche, was bey dem Funde vorgeschrieben ist, zu gelten habe. Denn jeder Schatz ist eine verborgene Sache, und zeichnet sich lediglich durch seine lange Verborgenheit aus; es hat daher der §. 395 auch auf das Entdecken eines Schatzes seine vollkommene Anwendung. Unterläßt daher der Finder, binnen der vorgeschriebenen Zeit die Anzeige zu machen, so ladet er die üble Vermuthung auf sich, den Fund verheimlichen zu wollen, welche er nur durch Gegenbeweise, wodurch er darzuthun im Stande ist, daß er zur Anzeige verhindert wurde, zu entkräften im Stande ist. Die Verheimlichung eines Schatzes ziehet den Verlust des dem Finder ansonst zukommenden Antheiles nach sich, kann aber keineswegs als das im §. 180, c. 1. Theils des Strafgesetzbuches bezeichnete Verbrechen des Betruges angesehen werden, und daher auch in dieser Beziehung kein Criminalverfahren Platz greifen [1]). Ist gegründete Vermuthung vorhanden, daß Jemand einen gefundenen Schatz verheimliche, so hat ohne Zweifel sowohl der Fiscus als der Eigenthümer des Grundes das Recht, von dem Finder die eidliche Angabe seines Fundes zu fordern, und es muß, in so fern er sich nicht in Güte dazu versteht, durch Urtheil erkannt werden, ob der Eid abzulegen sey oder nicht [2]). Würde dann doch der Finder sich erkühnen, selbst bey Ablegung des Eides den Fund ganz oder theilweise zu verschweigen, und er würde dessen überwiesen, so müßte er dann natürlich als Betrieger bestraft werden.

§. 401.

Finden Arbeitsleute zufälliger Weise einen Schatz, so gebührt ihnen, als Findern, ein Drittheil davon. Sind sie aber von dem Eigenthümer ausdrücklich zur Aufsuchung eines Schatzes gedungen

20

1) Justiz-Hofdecret vom 12. October 1821; J. G. S. Nr. 1310.

2) Allgemeine Gerichtsordnung §§. 213 und 189, und dann das gerichtliche Verfahren in Streitsachen vom Herrn Hofrathe Fuger. 2. Aufl., Nr. IV.

worden, so müssen sie sich mit ihrem ordentlichen Lohne begnügen.

Im zweyten Falle erscheinen sie lediglich als Werkzeuge desjenigen, der sie gedungen hat; sie suchen und finden den Schatz nur in seinem Nahmen, sind sohin hier als dessen Gewalthaber anzusehen, und daher auch verpflichtet, den aus ihrer Arbeit entspringenden Vortheil demselben zu überlassen (§. 1009); ganz anders verhält es sich aber im ersten Falle, wenn sie zu einer anderen Verrichtung gedungen worden sind.

§. 402.

3) Von der Beute.

Ueber das Recht der Beute, und der vom Feinde zurück erbeuteten Sachen, sind die Vorschriften in den Kriegsgesetzen enthalten.

1) Beute nennt man jene beweglichen Sachen, die im Kriege dem Feinde, oder bey einer Plünderung auch solchen Personen abgenommen werden, die von der Macht des Feindes abhängig sind, wie z. B. die Bewohner eines von dem Feinde besetzten Platzes.

2) Damit die Beute rechtmäßig sey, und also das Eigenthum der erbeuteten Sache rechtmäßig erworben werde, wird erfordert, daß a) die Person, welche sich eine Beute zueignen will, dazu überhaupt ermächtiget, und b) die Sache eine solche sey, welche von der Zueignung als Beute nicht ausgenommen ist.

3) Unter die zur Beute berechtigten Personen sind nur jene zum Stande eines Kriegsheeres gehörigen Personen zu zählen, die den Feind, es sey in förmlicher Schlacht, oder in partiellen Gefechten und Ueberfällen, bekämpfet und besiegt, oder bey Eroberung eines nachher vom Feldherrn der Plünderung preis gegebenen Platzes thätig mitgewirkt haben.

4) Von der Zueignung als Beute sind aber folgende Sachen ausgenommen: a) in jedem Falle die dem Feinde abgenommene Artillerie, Gewehre, Munition, Fahnen, Standarten, Pferde, Magazine, Kriegscassen und Kanzleyen, weil alle diese

Sachen, nach Vorschrift des 23. Kriegsartikels, dem Staate vorbehalten sind, und bey schwerer Strafe an dem durch die Befehle des commandirenden Generals bestimmten Orte abgegeben werden müssen; b) die den Gefangenen, wenn sie sich einmahl ergeben haben und wehrlos sind, unentbehrlichen Kleidungsstücke; c) jene zwar an sich zur Erwerbung als Beute geeigneten Sachen, die von einer, mit Bewilligung des commandirenden Generals, nach gänzlichem Rückzuge des Feindes, durch Ober- und Unter-Officiere zum Beutemachen eigens geführten Truppe auf dem Schlachtfelde oder im feindlichen Lager ergriffen werden, weil die auf solche Art gemachte Beute mit Rücksicht auf die verdiente größere Belohnung derjenigen, die sich besonders ausgezeichnet haben, zu vertheilen ist, und bey scharfer Strafe davon nichts verheimlichet oder verborgen, folglich auch sich nicht eigenmächtig zugeeignet werden darf [1]); d) die von Individuen der k. k. Marine aufgebrachten Schiffe und zur Seebeute gehörigen Effecten jeder Art, denn diese müssen, nach dem 42. Marine-Kriegsartikel vom Jahre 1803, dem zur gesetzmäßigen Vertheilung bestimmten Prisen-Tribunal übergeben werden; endlich e) gehören darunter, die in Fällen erlaubter Plünderung durch besondere Befehle des Feldherrn oder selbstständiger Commandanten bezeichneten Sachen, z. B. Kirchengeräthschaften, oder Effecten solcher Personen, deren Eigenthum der Befehlshaber mit der Plünderung zu verschonen für angemessen findet.

5) In Beziehung auf die von dem Feinde zurückerbeuteten Sachen ist für die Armee nie ein eigenes Gesetz erlassen worden, sondern es wurde sich von jeher nach dem benommen, was das römische Recht über das sogenannte jus postliminii verordnet. In Gemäßheit dessen ist in Fällen, als dem Feinde bewegliche Sachen, die er erbeutet hat, wieder abgenommen werden, zu unterscheiden, ob er sie schon früher in Sicherheit gebracht, oder, nach der später eingeführten Observanz, durch 24 Stunden im Besitz hatte oder nicht; im ersten Falle wird die

1) Dienstreglement für die k. k. Infanterie. 4. Theil, S. 116 und 177, und für die Cavallerie S. 115 — 116.

Zueignung von Seite des Feindes für vollendet angesehen, und der vorige Eigenthümer kann die unentgeldliche Herausgabe der Sache von demjenigen, der sie dem Feinde wieder abgenommen hat, nicht fordern; wohl aber ist er zu dieser Forderung im zweyten Falle, wenn nähmlich die Eroberung noch nicht vollendet war, berechtigt, so fern die Sache nicht auf eine, dem Besiegten zur Schande gereichende Art in die Hände des Feindes gerathen ist. Daß diese Vorschriften des römischen Rechtes auch noch gegenwärtig ihre Anwendung haben, wurde bereits in meinem ersten Theile S. 11 erwähnt.

6) Wer einem Anderen die rechtmäßig erworbene Beute eigenmächtig abnimmt, ist, nach dem Anhange des 34. Kriegsartikels, gleich einem Diebe zu bestrafen. — Obgleich übrigens die zu einer Haus-Communität gehörigen Gränzer in Ansehung der Erwerbung eines abgesonderten, ihnen allein zustehenden Eigenthums, in mancher Hinsicht beschränkt sind, so wird doch dasjenige, was der Gränzer im Felde rechtmäßig erbeutet, sein freyes unbeschränktes Eigenthum, worüber er sowohl unter Lebenden, als durch letztwillige Anordnung nach Willkühr disponiren kann [1]).

§. 403.

Von dem Rechte aus der Rettung einer fremden beweglichen Sache.

Wer eine fremde bewegliche Sache von dem unvermeidlichen Verluste oder Untergange rettet, ist berechtiget, von dem rückfordernden Eigenthümer den Ersatz seines Aufwandes, und eine verhältnißmäßige Belohnung von höchstens zehn vom Hundert zu fordern.

1) Der Umstand, daß eine Sache ohne unsere Bemühung für den Eigenthümer verloren wäre, berechtigt noch nicht, uns die Sache zuzueignen, indem das Eigenthumsrecht durch die Gefahr, in der sich die Sache befindet, keineswegs verloren geht.

---

1) Siehe das bürgerliche Recht der k. k. österr. Armee vom Herrn Stabsauditor Ignaz Franz Bergmaner, 2. Theil, Seite 151 — 134, aus dem diese Bemerkungen entlehnt sind.

— Im Gegentheile haben wir auch keine Pflicht, mit Aufopferung unseres Eigenthums und unserer Kräfte dem Eigenthümer seine in Gefahr befindliche Sache zu erhalten. — Wer sich daher freywillig zu einer solchen Aufopferung versteht, hat auf den Ersatz der darauf verwendeten Kosten und auf eine Belohnung billigen Anspruch.

2) Damit aber ein solcher Anspruch gemacht werden könne, wird vorausgesetzt, daß die fremde beweg liche Sache ohne unsere, oder überhaupt menschliche Beyhülfe wirklich zu Grunde, oder wenigstens für den Eigenthümer verloren gegangen wäre. — Dieses ist z. B. der Fall, wenn Holz, Geräthschaften durch den Strom fortgerissen werden u. s. w. Wer zur Erhaltung eines unbeweglichen Gutes einen Aufwand macht, ist nach den in den §§. 1037 — 1042 gegebenen Vorschriften zu beurtheilen.

3) Die dem Retter zu entrichtende Belohnung muß eine verhältnißmäßige seyn, d. i. sie muß nach dem Werthe der geretteten Sache, und der zur Rettung angewendeten Mühe und Gefahr bemessen werden; sie darf aber für keinen Fall Zehn vom Hundert des Werthes der geretteten Sache übersteigen. Hat der Eigenthümer einen höheren Lohn zugesichert, so hat es dabey sein Bewenden. Fällt die Bemessung für den Eigenthümer zu drückend aus, so steht ihm frey, die Sache dem Retter zu überlassen; denn das Gesetz bürdet nur dem rückfordernden Eigenthümer den Ersatz des Schadens und die Entrichtung einer verhältnißmäßigen Belohnung auf.

Viertes Hauptstück.

Von Erwerbung des Eigenthums durch Zuwachs.

§. 404.

Zuwachs.

Zuwachs heißt alles, was aus einer Sache entsteht, oder neu zu derselben kömmt, ohne daß es dem Eigenthümer von jemand Anderen übergeben worden ist. Der Zuwachs wird durch Natur, durch Kunst, oder durch beyde zugleich bewirkt.

1) Eine zweyte Art, Sachen zu erwerben, ohne daß selbe von dem Eigenthümer an einen Andern ordentlich in dessen Eigenthum übertragen werden, ist der Zuwachs, accessio nach römischem Rechte. Diese Erwerbungsart gründet sich darauf, daß eine Sache, die entweder bisher noch in keines Menschen Eigenthum war, ohne Besitzergreifung mit einer anderen, bereits Jemanden eigenthümlich angehörigen in Verbindung tritt, oder daß eine schon einer Person gehörige Sache mit einer, in das Eigenthum einer andern Person gehörigen vereiniget wird, ohne daß erstere auch den Willen hat, die Sache dadurch in die Eigenthumssphäre der anderen zu übertragen.

2) Der Zuwachs ist entweder ein natürlicher, wenn nähmlich eine Sache mit der anderen durch die bloßen Wirkungen der Natur ohne menschliches Zuthun vereiniget wurde; oder er ist künstlich, wenn die geschehene Vereinigung lediglich durch die Anwendung menschlicher Kräfte hervorgebracht worden ist; oder gemischt, wenn die Kräfte der Natur, und die Kräfte der Menschen dabey in Verbindung getreten sind.

§. 405.

I. Natürlicher Zuwachs: a) an Naturproducten; b) Werfen der Thiere.

Die natürlichen Früchte eines Grundes, nähmlich solche Nutzungen, die er, ohne bearbeitet zu wer-

den, hervorbringt, als: Kräuter, Schwämme und dergleichen, wachsen dem Eigenthümer des Grundes, so wie alle Nutzungen, welche aus einem Thiere entstehen, dem Eigenthümer des Thieres zu.

§. 406.

Der Eigenthümer eines Thieres, welches durch das Thier eines Andern befruchtet wird, ist diesem keinen Lohn schuldig, wenn er nicht bedungen worden ist.

1) Ein natürlicher Zuwachs sind vor Allem die natürlichen Früchte, welche aus dem eigenthümlichen Grunde von selbst ohne alle Bearbeitung entstehen, wie an Gras, Holz und viele andere Erzeugnisse. Sie unterscheiden sich von den zugleich durch Industrie erzielten, welche zu dem vermischten Zuwachse gehören, als auch von den Civilfrüchten, worunter man jene aus einer Sache gezogenen Nutzungen versteht, die mit selber in keiner organischen Verbindung stehen. — Die natürlichen Früchte eines Grundes sind, so lange sie von demselben nicht abgesondert wurden, als ein Zugehör des Grundes selbst anzusehen; sie gebühren daher dem Eigenthümer des Grundes schon in Folge des ihm der Regel nach zustehenden Benützungsrechtes. — Daher spricht auch der gegenwärtige §. diese Früchte dem Eigenthümer des Grundes zu.

2) Der §. setzt übrigens offenbar voraus, daß der Eigenthümer in Ausübung seiner Eigenthumsrechte nicht beschränkt sey. Denn gebührt demselben bloß die Proprietät, einem Anderen aber das Benützungsrecht, z. B. dem Fruchtnießer, so ist es offenbar, daß die Früchte nicht dem Eigenthümer, sondern dem Fruchtnießer zuwachsen. Eine Ausnahme von der Regel, daß die natürlichen Früchte dem Eigenthümer, oder überhaupt demjenigen, welchem das Benützungsrecht zustehet, zuwachsen, machen jene Erzeugnisse, die der Staat sich vorbehalten hat, von welchen im §. 385 Erwähnung gemacht worden ist.

3) Auch aus einem Thiere können mancherley Nutzungen gezogen werden. — Solche sind z. B. Milch, Wolle, Seide u. s. w. Auch die Jungen eines Mutterthieres gehören darunter. Es ist begreiflich, daß auch diese Nutzungen dem Eigenthümer, oder eigentlich demjenigen, welchem das Benützungsrecht zustehet, zufallen. — Nur könnte gezweifelt werden, ob nicht auch der Eigenthümer des befruchtenden Thieres auf einen Antheil oder eine Abfindung Anspruch habe. Das Gesetz spricht sich hierüber verneinend aus, fügt aber die ausdrückliche Bedingung eines Lohnes als Ausnahme hinzu. Der Gesetzgeber ging hier, wie Herr Hofrath von Zeiller in seinem Commentare bemerkt, von der Ansicht aus, daß dem Eigenthümer des Mutterthieres durch die Befruchtung, aus dem Grunde, daß es ihm durch längere Zeit ganz oder zum Theile unbrauchbar gemacht wird, selbst ein Nachtheil zugehe, und der Eigenthümer des befruchtenden Thieres selten gewiß ist.

§. 407.

c) Inseln.

Wenn in der Mitte eines Gewässers eine Insel entsteht, so sind die Eigenthümer der nach der Länge derselben an beyden Ufern liegenden Grundstücke ausschließend befugt, die entstandene Insel in zwey gleichen Theilen sich zuzueignen, und nach Maß der Länge ihrer Grundstücke unter sich zu theilen. Entsteht die Insel auf der einen Hälfte des Gewässers, so hat der Eigenthümer des näheren Uferlandes allein darauf Anspruch. Inseln auf schiffbaren Flüssen bleiben dem Staate vorbehalten.

1) Insel nennen wir ein kleineres Land, welches mit Wasser umflossen ist. Sie entsteht aus Erdetheilen, deren Eigenthümer nicht ausfindig gemacht werden können, und fällt daher lediglich der Verfügung des Staates anheim. Der Staat hat sich jedoch nur die auf schiffbaren Flüssen entstehenden Inseln als

Eigenthum vorbehalten, und zwar, nach der Bemerkung des Zeiller'schen Commentars, aus dem Grunde, weil sie zur Beförderung der Schifffahrt auf mannigfaltige Art benützt, oder zur Herstellung des ordentlichen Laufes des Flusses durchstochen, oder weggeräumt werden müssen; die in nicht schiffbaren Flüssen oder anderen Gewässern entstehenden Inseln sind den angränzenden Uferbesitzern nach den hierunten beschrieben werdenden Modalitäten zur Zueignung freygegeben.

2) Hiebey ist vor Allem zu unterscheiden, ob die Insel in der Mitte, oder auf der einen oder anderen Hälfte des Gewässers entsteht. Wann entsteht aber, nach dem Sinne des Gesetzes, eine Insel in der Mitte des Gewässers? — Einige sind der Meinung, daß man nur dann sagen könne, eine Insel entstehe in der Mitte des Gewässers, wenn für den Fall, als man durch den Fluß der Länge nach eine gerade Linie ziehet, die ihn in zwey gleiche Theile schneidet, auch die entstandene Insel in zwey gleiche Theile getrennt wird. — Die Vertheidiger dieser Ansicht müssen daher auch nothwendig zugeben, daß der höchste Gesetzgeber im gegenwärtigen §. für den dritten möglichen Fall, wenn nähmlich die Insel auf beyden Seiten des Gewässers, aber zu ungleichen Theilen entsteht, keine ausdrückliche Entscheidungsnorm festgesetzt habe. — Sie entscheiden daher auch diesen Fall auf folgende Art: Wenn eine Insel in einem Gewässer auf eine solche Art entstehet, daß sie mit ungleichen Theilen in die beyden Hälften des Gewässers fällt, so erübrige nichts anderes, als jenen Theil, welcher auf der rechten Seite des Flusses entsteht, den Eigenthümern der nach der Länge derselben an dem rechten Ufer liegenden Grundstücke, nach Maß der Länge derselben, zuzutheilen, und so umgekehrt. Diese Entscheidung trifft im Resultat ganz mit den Anordnungen des römischen Rechtes zusammen, und sie hat auch in rechts-philosophischer Hinsicht Vieles für sich; aber ich kann nicht glauben, daß sie den Worten und dem Sinne der gegenwärtig zu erläuternden Gesetzesstelle entspreche. — Der gegenwärtige §. setzt offenbar den Fall, wo eine Insel auf der einen Hälfte des Gewässers entsteht, demjenigen, wo selbe in der Mitte desselben

entsteht, entgegen, und es leuchtet aus der ganzen Stylisirung des §. die Absicht des höchsten Gesetzgebers hervor, alle hier sich ereignen könnenden Fälle unter die zwey Hauptfälle zu begreifen, wenn eine Insel in der Mitte, und wenn sie auf der einen Hälfte des Gewässers entsteht. — Man kann nicht annehmen, daß das Gesetz hier für einen Fall, der sich höchst selten, oder, wenn man dabey mit mathematischer Genauigkeit verfährt (mit welcher auch verfahren werden müßte, da die Philosophie des positiven Rechtes keine schwankende Gränzlinie gestatten kann), gar nie ereignen wird, nähmlich, daß eine Insel dergestalt in einem Gewässer entstehe, daß sowohl auf der einen als der anderen Seite ein ganz gleich großer Theil zu liegen komme, eine Norm festgesetzt, dagegen den viel häufiger eintretenden Fall, daß auf beyden Seiten ungleiche Theile entstehen, gänzlich umgangen haben solle.

3) Um nun zu bestimmen, ob der eine oder andere Fall eintrete, dürfte auf folgende Art und Weise verfahren werden: Es werden von denjenigen Puncten der beyderseitigen, bey gewöhnlichem Wasserstande sichtbaren Ufer, welche den beyden Enden der Insel gegenüber liegen, quer über den Fluß Linien gezogen. Nun wird von dem Mittelpuncte der einen Querlinie bis an den Mittelpunct der anderen, nach der Länge des Flusses eine weitere Linie gezogen. Diese nun der Länge nach gezogene Linie, welche jede dieser beyden Querlinien in ihrer Mitte durchschneidet, bestimmt, welchem Ufer die Insel am nächsten liege. Schneidet diese Mittellinie durch die Insel selbst, so muß behauptet werden, daß dieselbe in der Mitte des Gewässers entstanden sey.

4) Tritt nun dieser letztere Fall ein, so erwerben die Eigenthümer der nach der Länge der Insel an beyden Ufern liegenden Grundstücke das Recht, sich die entstandene Insel in der Art zuzueignen, daß eine Hälfte davon den Eigenthümern des rechten Uferlandes, und die andere denen des linken Uferlandes zur Zueignung überlassen werden muß. — Es muß daher vor Allem die Insel in zwey gleiche Theile, und zwar, wie aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hier hervorleuchtet, nach der Länge

getheilet werden. Die einzelnen Grundeigenthümer des einen oder andern Uferlandes theilen ihre zukommende Hälfte nach Maßgabe der Länge, in der ihre Grundstücke an dem Wasser anliegen. Die Länge sämmtlicher Grundstücke wird daher durch die Linie bestimmt, welche nach der Länge des Flusses von dem Mittelpuncte der einen Querlinie gegen den Mittelpunct der andern gezogen wird. Um nun das Verhältniß zu bestimmen, in welchem diese einzelnen Grundeigenthümer ihre Hälfte unter sich zu theilen haben, müssen von den einzelnen Endpuncten der Jedem gehörigen Grundstücke gleiche Linien an die die Insel durchschneidende, nach der Länge gezogene Linie geführet werden, und jeder Eigenthümer eines Uferlandes erlangt sohin den Anspruch auf den gegenüber befindlichen, und nach diesem Maßstabe ausgemittelten Antheil an der Insel.

5) Da die Gränzlinien jener Antheile, welche sich die einzelnen Uferlandsbesitzer zuzueignen berechtiget sind, von der Natur nicht bezeichnet sind, sondern dieselben erst durch die Kunst bezeichnet werden müssen, so ist hier ein ähnlicher Fall mit dem im §. 850 berührten vorhanden, wenn nähmlich die Gränzzeichen durch was immer für Umstände so verletzt wurden, daß sie ganz unkenntlich geworden sind. Es hat daher jeder solche Grundeigenthümer das Recht, zu verlangen, daß die Begränzung vorgenommen, und auf diese Art und Weise sein Antheil ausgemittelt werde. Er hat sonach bey derjenigen Grundobrigkeit, deren Gerichtsbarkeit der Fluß untersteht, oder, wenn darüber ein Zweifel entstehen sollte, bey einer durch das Obergericht hierzu zu delegirenden Behörde das Ansuchen um diese Gränzbestimmung anzubringen, welche hierüber, mit Zuziehung von Sachverständigen und sämmtlicher Interessenten, eine Augenscheins-Tagsatzung anzuordnen hat. — In so fern sämmtliche Grundeigenthümer auf die ihnen vom Gesetze zugedachten Antheile Anspruch machen, sind auch die Kosten dieser Gränzbestimmung eben nach Analogie des §. 850 von allen diesen, nach Maß der ihnen zukommenden Antheile, zu bestreiten. — Im Falle einige derselben sich nicht bestimmt erklären sollten, daß sie von ihrem Rechte Gebrauch machen wollen, können ihnen ganz natürlich auch keine

Kosten aufgerechnet werden, sondern sie müssen von denjenigen, die sich ihre Antheile wirklich zueignen, wenigstens einstweilen, vorgeschossen, und können seiner Zeit von den Anderen, wenn sie wirklich den Besitz ihrer Antheile ergreifen, in der sie treffenden Quote nachträglich eingefordert werden.

6) Einen Termin, innerhalb welchem sich diese Grundbesitzer zu erklären haben, ob sie von ihrem Rechte Gebrauch machen wollen oder nicht, oder innerhalb welchem der Besitz wirklich ergriffen werden sollte, hat das Gesetz nicht bestimmt, und eben so wenig sind die übrigen Interessenten und die Behörde berechtigt, einen solchen festzusetzen. Es darf sich daher auch kein Mitinteressent anmaßen, sich den vom Gesetze einem Anderen zugedachten Antheil, aus dem Grunde eines längeren Stillschweigens, vor Ablauf der Verjährungszeit zuzueignen. — Entsagt aber ein Interessent ausdrücklich seinem Anspruche, ohne denselben jemanden Anderen ordentlich abzutreten, so scheint sich sein Antheil dadurch in eine freystehende Sache umzuwandeln.

7) Entsteht die Insel auf der einen Hälfte des Gewässers, so haben die Eigenthümer der an dem nächsten Ufer liegenden Grundstücke ausschließend das Recht, sich die entstandene Insel nach eben jenem Maßstabe, wie Nr. 4 auseinander gesetzt worden ist, zuzueignen.

§. 408.

Werden bloß durch die Austrocknung des Gewässers, oder durch dessen Theilung in mehrere Arme, Inseln gebildet oder Grundstücke überschwemmt, so bleiben die Rechte des vorigen Eigenthümers unverletzt.

Daß das Gesetz die obigen Vorschriften nicht auch auf jene Erdflächen ausdehne, die bekannten Eigenthümern gehören, und nur die Form einer Insel annehmen, verdient gewiß alle Billigung. Es kann hier nicht von einer eigentlichen Entstehung einer Insel, sondern nur von Umstaltung des festen Landes in eine Insel die Rede seyn, welches ohne Ungerechtigkeit, bloß

wegen Veränderung seiner Form, den bekannten Eigenthümern nicht entzogen werden kann.

§. 409.

a) Von verlassenem Wasserbeete.

Wenn ein Gewässer sein Beet verläßt, so haben vor Allem die Grundbesitzer, welche durch den neuen Lauf des Gewässers Schaden leiden, das Recht, aus dem verlassenen Beete oder dessen Werthe entschädiget zu werden.

§. 410.

Außer dem Falle einer solchen Entschädigung gehört das verlassene Beet, so wie von einer entstandenen Insel verordnet wird, den angränzenden Uferbesitzern.

1) Die erstere Vorschrift gründet sich offenbar auf die Rücksicht der Billigkeit. — Sie ist auch an und für sich klar, und bedarf daher keiner Erläuterung. Nur über die Art und Weise der wirklichen Entschädigungsleistung glaube ich einige Bemerkungen anfügen zu müssen.

2) Zur Ausmittelung der Entschädigung ist begreiflich nothwendig, daß durch Sachverständige der Schaden erhoben werde, welchen die einzelnen Grundbesitzer durch den neuen Lauf des Gewässers leiden; zugleich muß aber auch der Werth des vom Wasser verlassenen Beetes geschätzt werden. Die Interessenten, welche zur Ausmittelung dieser Entschädigung vorzuladen wären, sind nicht nur allein die beschädigten Grundbesitzer, sondern auch die an das verlassene Beet angränzenden Uferbesitzer, da ihnen, außer dem Falle der Entschädigung, ein Recht auf dasselbe gebühret. Von ihnen wird es daher auch größtentheils abhängen, ob die Entschädigung durch Zutheilung des verlassenen Beetes in Natur, oder durch Veräußerung desselben in Geld geleistet werden solle; denn die Beschädigten können nie auf ein Mehreres Anspruch machen, als daß ihnen der Schätzungswerth vergütet

werde. Nun kann es aber geschehen, daß durch eine vortheilhafte Veräußerung mehr Geld für das verlassene Beet gelöset wird, als der Schade der beeinträchtigten Grundbesitzer beträgt. — Auf den Mehrbetrag, der durch eine Veräußerung erzielet wird, haben die angränzenden Uferbesitzer den vollgültigsten Anspruch. — Ueberwiegt, nach den vorliegenden Schätzungen, der Werth des den Grundbesitzern durch die Veränderung, welche das Gewässer durch seinen neuen Lauf gemacht hat, angerichteten Schadens den Werth des verlassenen Beetes offenbar, so werden die Uferbesitzer ohnehin das verlassene Beet denselben in Natur zu überlassen bereit seyn, und den beschädigten Grundbesitzern fällt sohin dasselbe zu ihrer Entschädigung gemeinschaftlich zu.

3) Für den Fall nun, als den beschädigten Grundbesitzern das Eigenthum des verlassenen Beetes zur Entschädigung überlassen wird, handelt es sich lediglich um die Rechte der einzelnen Theilnehmer unter sich. Diese sind nun nach den im sechszehnten Hauptstücke des Gesetzbuches enthaltenen Bestimmungen zu beurtheilen. Der auf obige Art und Weise ausgemittelte Schadenbetrag der einzelnen Grundbesitzer bestimmt den Jedem gebührenden Antheil an der gemeinschaftlichen Sache.

4) Sind gar keine beschädigten Grundbesitzer vorhanden, welche aus dem verlassenen Beete eine Entschädigung anzusprechen hätten, so kann die Vertheilung desselben an die angränzenden Uferbesitzer keinem Anstande unterliegen. — Sie geschieht nach eben jenen Normen, die oben, in Hinsicht auf eine neu entstandene Insel, auseinandergesetzt worden sind. Sind aber zugleich auch Grundbesitzer aus demselben zu entschädigen, so geschieht diese Entschädigungsleistung entweder dadurch, daß das verlassene Beet veräußert, oder dasselbe von den angränzenden Uferbesitzern um den Entschädigungsbetrag eingelöset wird. Im erstern Falle wird der Ueberrest des gelösten Kaufpreises unter die letzteren, nach Maß der Länge der an das verlassene Flußbeet anliegenden Grundstücke, vertheilt; im letzteren Falle wird der zu leistende Entschädigungsbetrag unter die Uferbesitzer, nach Maßgabe ihrer aus dem Beete erhaltenen Antheile, repartirt.

§. 411.

b) Vom Anspülen.

Das Erdreich, welches ein Gewässer unmerklich an ein Ufer anspült, gehört dem Eigenthümer des Ufers.

1) Der Grund der Erwerbung ist in diesem Falle, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat, einerseits die Unerforschlichkeit des vorigen Eigenthümers, andererseits die Vereinigung mit dem Uferlande, dessen Besitzer Jeden davon ausschließen kann. Hierbey kömmt es auf die Beträchtlichkeit des durch die Anspülung nach und nach zuwachsenden Landes gar nicht an, und wenn sich auch dergleichen Anspülungen der Breite nach in das Flußbeet hinein, und selbst bis über die Mitte desselben erstrecken, kann dennoch der Besitzer des gegenüber liegenden Ufers darauf keinen Anspruch machen.

2) Dehnen sich solche Anwüchse aber mit der Zeit der Länge nach über die ursprünglichen Gränzen des Uferbesitzers aus, so scheint unterschieden werden zu müssen, ob die Anspülungen von der Art geschehen, daß der dadurch geschehende Anwuchs zugleich mit dem Grunde des Nachbars in Verbindung tritt, oder ob sich eine über die Gränze des Nachbars hinausgehende Erdzunge bildet, welche mit dem Ufer des Nachbars in keinem Zusammenhange steht. — Im letzteren Falle ist für den Nachbar kein gesetzlicher Grund vorhanden, welcher ihn berechtigte, auf diese vor seinem Ufer liegende Erdzunge einen Anspruch zu machen; im ersteren Falle dagegen wird eben dadurch, daß die Anspülung des Erdreichs an den Gründen zweyer Uferbesitzer zugleich geschieht, in Ansehung des sich über die Gränzen des ersteren Uferbesitzers verbreiteten Erdreiches zwischen beyden Nachbarn ein gemeinschaftliches Eigenthum gegründet.

§. 412.

c) Vom abgerissenen Lande.

Wird aber ein merklicher Erdtheil durch die Gewalt des Flusses an ein fremdes Ufer gelegt, so

verliert der vorige Besitzer sein Eigenthumsrecht darauf nur in dem Falle, wenn er es in einer Jahresfrist nicht ausübt.

1) Dieser Fall kann nur dann als existent angenommen werden, wenn aus der noch vorhandenen Oberfläche des dem einen Ufer zugelegten Stück Landes sich deutlich erkennen läßt, es sey dasselbe von dem anderen abgerissen worden; welches natürlich durch Sachverständige bestimmt wird.

2) Es entsteht hier die Frage: ob der an ein fremdes Ufer angelegte Erdtheil ipso facto das Eigenthum des Uferbesitzers werde, wenn der vorige Besitzer binnen Jahresfrist sein Eigenthumsrecht darauf nicht ausübt, oder ob der erstere nach dem Verlaufe dieser Zeitfrist nur das Recht erlange, sich diesen Erdtheil zuzueignen? — Aus der Vergleichung des gegenwärtigen §. mit dem nächst vorhergehenden scheint wohl das Erstere behauptet werden zu müssen; denn es ist wohl kein Zweifel, daß es im Falle des §. 411 einer besonderen Besitzesergreifung von Seite des Uferbesitzers nicht bedürfe. — Der gegenwärtige §. bemerkt durch die Beyrückung des Nebenwortes „aber" den Unterschied, welcher zwischen den im §. 411 angeführten Falle, und dem hier gesetzten Statt findet, und dieser besteht lediglich darin, daß durch die Anlegung eines merklichen Erdtheiles an ein fremdes Ufer das Eigenthumsrecht des früheren Besitzers nicht sogleich, sondern erst nach Verlauf einer Jahresfrist verloren gehe; von einem weiteren Unterschiede, daß es im zweyten Falle einer besonderen Besitzergreifung bedürfe, macht der gegenwärtige §. gar keine Andeutung. — Es muß also angenommen werden, daß mit dem ausgesprochenen Verluste des Eigenthumsrechtes des früheren Besitzers, dasselbe zugleich in das Eigenthum des Uferbesitzers übergehe, an dessen Grund sich der Erdtheil angelegt hat.

3) Das Gesetzbuch für Westgallizien, als Entwurf des gegenwärtigen, hat den bisher erörterten gesetzlichen Bestimmungen die Anordnung beygefügt, daß, wenn die am Ufer liegenden Grundstücke abgeraint sind und ihr bestimmtes Maß haben, sowohl die neue Insel, als das verlassene Flußbeet und das Ueber-

maß des angelegten Erdreichs dem Staate oder demjenigen gehören, dem der Staat ein Recht darauf verliehen hat; eine Anordnung, die mit der des römischen Rechtes (I. 12. pr. I. 16. D. de rei vind.) übereinstimmt. Da nun aber das gegenwärtige Gesetzbuch diese Anordnung nicht wieder aufgenommen hat, so ist die bereits in dem Zeiller'schen Commentar vorkommende Bemerkung, daß durch den Umstand, daß der Uferbesitzer ein bestimmtes Maß seines Besitzes hat, das Recht des Zuwachses nicht verhindert werde, vollkommen gegründet.

§. 413.

Jeder Grundbesitzer ist befugt, sein Ufer gegen das Ausreißen des Flusses zu befestigen. Allein Niemand darf solche Werke oder Pflanzungen anlegen, die den ordentlichen Lauf des Flusses verändern, oder die der Schiffahrt, den Mühlen, der Fischerey oder anderen fremden Rechten nachtheilig werden könnten. Ueberhaupt können ähnliche Anlagen nur mit Erlaubniß der politischen Behörde gemacht werden.

1) Das Befugniß des Grundbesitzers, sein Ufer gegen das Ausreißen des Flusses zu befestigen, ist ein Ausfluß seines Eigenthumsrechtes. Da aber die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur in so weit Statt hat, als dadurch das allgemeine Wohl nicht gefährdet wird (§. 364), so rechtfertigt sich die angefügte Beschränkung dieses Befugnisses von selbst, und da die politische Behörde es ist, welche dazu berufen ist, dafür zu sorgen, daß dem allgemeinen Wohle kein Nachtheil zugefügt werde, so hat jeder Uferbesitzer, der zu seinem Schutze solche Anlagen zu machen vorhat, welche einen nachtheiligen Einfluß auf die allgemeine Wohlfahrt äußern könnten, die Genehmigung der politischen Behörde hierzu einzuhohlen.

2) Zur Hintanhaltung der durch die eigenmächtige Veränderung der Wasserwerke, Uebersetzung der Schiffmühlen u. s. w., der Schiffahrt drohenden Gefahren, wurden bereits schon vor

Erscheinung des bürgerlichen Gesetzbuches mehrere politische Verordnungen erlassen. So ordnet die Schiffahrtsordnung für Oesterreich ob der Enns, im fünfzehnten Absatz [1]), an, daß keine Schiffmühle an anderen, als an solchen Orten angeheftet werden solle, wo die Schifffahrt offenbar dadurch nicht gehindert oder gefährlich gemacht wird, und daß die bereits an den angewiesenen Orten befindlichen Schiffmühlen jederzeit im Frühjahre mit starken eisernen Ketten wohl befestiget einzuhängen, und mit den angezogenen Streifbäumen gehörig zu versehen seyen. Eine Verordnung des gallizischen Landesguberniums vom 15. Oct. 1789 [2]) verbiethet die willkührliche Anlegung der Schiffmühlen ohne vorläufige Anfrage bey dem vorgesetzten Kreisamte unter einer Strafe von zwölf Ducaten und dem Ersatze des Schadens, welcher dadurch entstanden seyn dürfte, nicht minder der alsogleich zu geschehenden Uebersetzung auf einen schicklicheren Platz, wenn der eigenmächtig gewählte für schädlich erkannt werden sollte. Eine weitere Verordnung der niederösterreichischen Regierung vom 12. Juny 1804 [3]) befiehlt, daß jede bey den Wasserwerken vorzunehmende Veränderung dem betreffenden Kreisamte vorläufig angezeigt, und bis zur wirklich eingelangten Bewilligung an der Veränderung des Wasserwerkes nicht Hand angelegt werde. — Der Uebertreter dieser Vorschrift soll das erste Mahl, nebst der Zerstörung des Werkes, mit einer Strafe von zwölf Reichsthalern; das zweyte Mahl mit einer angemessenen erhöhten Geld-, oder nach Umständen auch mit Arreststrafe belegt, und bey dem dritten Uebertretungsfalle mit dem Verluste seines Gewerbes bestraft werden. — Ist durch eine unbefugte Veränderung ein Unglück entstanden, oder Jemanden Schaden zugefügt worden, so ist der Uebertreter dieser Vorschrift insbesondere für die Folgen des eingetretenen Unglücks verantwortlich und zu allem Schadenersatze verbunden. Damit aber diese Verordnung genau gehandhabt werde, so wurde beygefügt, daß auch die Ortsobrigkeit, deren Pflicht es ist, über die Befolgung der Gesetze zu wachen,

1) Siehe Pol. G. S., 15. B., S. 52.
2) Handbuch der Gesetze Joseph II., 17. B., S. 439.
3) Pol. G. S., 21. B., Nr. 156.

und jede ordnungswidrige Handlung hintan zu halten, wenn dieselbe einen eigenmächtigen Wasserbau, oder willkührliche Veränderung und Absetzung eines Wasserwerkes nicht eingestellt und dem betreffenden Kreisamte angezeigt hat, mit einer Strafe von zwölf Reichsthalern unnachsichtlich belegt werden solle. Durch Decret der niederösterreichischen Regierung vom 30. März 1828 wurde eine neue Donaustrom-Polizeyvorschrift für die Provinz Niederösterreich erlassen, und darin angeordnet, daß die Aueigenthümer alle im Bruche liegenden Auen, sey es an dem Hauptstrome oder in einem Seitenarme, immer fleißig abräumen, und zwar die Bäume nicht nur abhauen, sondern auch alle Stöcke ausheben und wegschaffen, und daß jene Stöcke, welche nach einem Hochwasser auf Sandbänken oder in Seitenarmen liegen bleiben, als eine herrenlose Sache von jedem, der es will, sich zugeeignet werden können; jedoch unter der Voraussetzung, daß solche auf der Stelle weggebracht werden, und daß der Zueignende, zur Beseitigung jedes Unfuges, die dießfällige Anzeige so schnell als möglich, entweder an den Grundeigenthümer, an das betreffende Ortsgericht, oder an ein zur Aufsicht an dem Donaustrome aufgestelltes, öffentliches oder obrigkeitliches Individuum mache. Die Auen, längs deren Ufer natürliche Hufschläge gehen, müssen von den betreffenden Eigenthümern immer wenigstens drey Klafter breit, vom oberen Uferrande gerechnet, von allen Gesträuchen, Bäumen und Stöcken rein gehalten werden, welches sich sowohl auf jene Auen beziehet, längs denen die schweren Züge gehen, als auch auf jene, längs denen die leeren Geschirre aufwärts getrieben werden. — Den allgemeinen Gebrauch der so gereinigten Anlände und Hufschläge dürfen weder Bewohner noch andere am Ufer Geschäfte Treibende, vorzüglich Steinbrecher, nicht im geringsten hemmen, oder selbe gar widerrechtlich verschmälern; und eben so wenig darf von den vorüber oder längs derselben laufenden Wegen oder Straßen der Koth auf die Anlande oder den Hufschlag gebracht, oder im flüssigen Zustande dahin, oder gar über die Uferböschungen gescharret werden. Ist eine Verbreiterung des Hufschlages oder der Anlände unumgänglich nothwendig, so muß der Eigenthümer von dem Aerar für

den zur Erweiterung des Hufschlages nöthigen Grund auf die nähmliche Art entschädiget werden, wie dieses bey Grundeinlösungen zum Behufe des Straßenbaues geschieht. Um dießfälligen Schwierigkeiten für die Zukunft vorzubeugen, wurde festgesetzt, daß von nun an jedes neuzuerbauende Haus, oder auch jede hölzerne Hütte, wenigstens zehn Klafter von dem oberen Rande der unwandelbaren Ufer erbauet werde. Bey Bruchufern muß auf den Bruch noch besonders Rücksicht genommen werden. Eine Ausnahme von dieser Anordnung kann nur durch eine besondere Bewilligung der betreffenden Behörde Statt haben. — Die Eigenthümer der an den Ufern liegenden Steinbrüche dürfen den Schutt nicht in Gestalt von vorragenden Spornen an das Ufer oder in den Strom führen, sondern allenfalls nur zur Ausfüllung der Krümmungen, ohne Nachtheil der Schifffahrt, verwenden. Die Steine dürfen nicht in den Strom geworfen, sondern müssen ordentlich aufgeschichtet werden, und zwar so, daß, wenn die Ueberschreitung des Hufschlages durchaus nothwendig wäre, die Steine nie höher, als der Hufschlag ist, aufgeschichtet, und mit Streifbäumen, zur Verhinderung der Beschädigung der Schiffsseile, belegt werden müssen. — Die schon bestehenden Schiffmühlen können, so lange es die Schifffahrt erlaubt, auf ihren dermahligen Standorten verbleiben, und sind diejenigen, welche am Ufer liegen, längs denen der Hufschlag gehet, mit den nöthigen Streifbäumen zu versehen. Die Anheftung von Schiffmühlen an in das Flußbeet eingeschlagenen Pfählen oder an Senkkörben ist ganz untersagt, und jeder Eigenthümer, welcher die Bewilligung der Landesstelle zur Anheftung einer Schiffmühle erlangt, ist gehalten, solche mittelst Anker und Ketten, oder anderen der Schifffahrt minder nachtheiligen Vorrichtungen, an ihren Standort zu befestigen. Sollte eine Schiffmühle der Schifffahrt oder den Ufern gefährlich werden, so hat der Eigenthümer den Standort, nach erhaltener Weisung, in einer angemessenen Frist zu verlassen, und einen anderen schicklichen Anheftungspunct vorzuschlagen. — Nie darf eine Schiffmühle ohne Genehmigung der betreffenden Behörden eingeheftet oder eine neue aufgestellt werden. Eben so wenig darf zum besseren Betriebe der Mühle eine den Ufern

oder der Schifffahrt nachtheilige Vorrichtung angelegt werden. Jede Handlung ist verbothen, wodurch Beschädigungen an den bestehenden Wasserbauten jeder Art herbey geführt werden; eben so sind alle Handlungen zu unterlassen, welche zur Verwilderung des Stromes beytragen, oder die guten Wirkungen der angelegten Bauwerke hemmen oder gar vereiteln können. Es ist daher verbothen, willkührlich Bauten oder Wasserwerke in den Strom zu legen, oder Mist, Schutt, Steine und den Koth von den Wegen und Straßen in denselben zu werfen. Die Fischer dürfen nicht durch Zäune oder andere Verhebungen Seitenarme abhauen, deren Offenhalten beabsichtet wird, und wenn dieselben Eis hauen, dürfen sie dasselbe nicht in großen Stücken fortfließen lassen, sondern müssen dasselbe verhältnißmäßig zertrümmern. Das Schottergraben muß an jenen Stellen unterlassen werden, wo man Verlandung beabsichtiget. — Die Schiffseigenthümer müssen den Winter über ihre Schiffe an ganz sichere Stellen oder gar aus dem Strome bringen. Daher ist es auch nothwendig, daß an den, unmittelbar in den Hauptstrom oder in einen Seitenarm, besonders wenn letzterer schiffbar ist, ausmündenden Flüssen und Bächen, so wie an den in diese letzteren fließenden kleineren Wässern, zur Verhüthung des Einsturzes der an den Ufern befindlichen Bäume, jeder Anrainer das Ufer von einfallenden Bäumen und Stöcken gereiniget erhalte. Sollte bey höhern Wasserständen ein solcher Baum oder Stock aus einer höhern Gegend in einen solchen Fluß oder Bach getragen werden und liegen bleiben, so ist der Besitzer des anstoßenden Grundes verhalten, für die schleunige Wegschaffung desselben zu sorgen. Eben so ist es strenge verbothen, in einen solchen Fluß oder Bach Mist, Erde, Schutt, Steine oder Straßenkoth zu werfen oder gar zu verführen. — Da aber in diesen hier angeführten Anordnungen gewisse Handlungen bedingt erlaubt sind, als: Baufuhrungen längs dem Donauufer, Aufstellung oder Anheftung der Schiffmühlen, Schotterausführungen aus dem Strome u. dgl., so wurde angeordnet, daß die Partey sich an die betreffende Behörde um die Erlaubniß zu wenden hat, welche dieselbe nie ohne

Zustimmung des betreffenden Districtsingenieurs, oder, nach Umständen, der Wasserbaudirection selbst ertheilen darf.

In Böhmen wurde durch Verordnung des dortigen Guberniums vom 25. April 1823 [1]), um der Eigenmächtigkeit der Müller Schranken zu setzen, welche durch das Zusperren der Wehrbrüche, durch unerlaubte Einbaue und andere Unfüge der Art, der Schifffahrt Hindernisse setzten, den Kreisämtern wiederhohlt die größte Aufmerksamkeit hierauf zu verwenden, und dergleichen Unfüge abzustellen aufgetragen.

§. 414.

II. Künstlicher Zuwachs durch Verarbeitung oder Vereinigung überhaupt.

Wer fremde Sachen verarbeitet; wer sie mit den seinigen vereinigt, vermengt oder vermischt, erhält dadurch noch keinen Anspruch auf das fremde Eigenthum.

§. 415.

Können dergleichen verarbeitete Sachen in ihren vorigen Stand zurückgebracht; vereinigte, vermengte oder vermischte Sachen wieder abgesondert werden, so wird einem jeden Eigenthümer das Seinige zurückgestellet, und demjenigen Schadloshaltung geleistet, dem sie gebührt. Ist die Zurücksetzung in den vorigen Stand, oder die Absonderung nicht möglich, so wird die Sache den Theilnehmern gemein; jedoch steht demjenigen, mit dessen Sache der Andere durch Verschulden die Vereinigung vorgenommen hat, die Wahl frey, ob er den ganzen Gegenstand gegen Ersatz der Verbesserung behalten, oder ihn dem Andern ebenfalls gegen Vergütung überlassen wolle. Der schuldtragende Theilnehmer wird

1) Goutta's G. S., 23. B., S. 297.

nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht behandelt. Kann aber keinem Theile ein Verschulden beygemessen werden, so bleibt dem, dessen Antheil mehr werth ist, die Auswahl vorbehalten.

1) Die zweyte Art des Zuwachses wird, weil sie gewöhnlich nur durch Menschenhand, und nicht durch die Kräfte der Natur allein, oder äußere Zufälle entsteht, die künstliche (industrielle) genannt. Die Gattungen derselben sind: a) Die Verarbeitung (specificatio), wenn einem fremden Stoffe eine neue Form gegeben wird. b) Die Vereinigung (adjunctio), wenn eine Sache ohne innere Umstaltung mit einer andern verbunden wird; hierher gehören: das Einfassen, Einweben, Einnähen, Anschweißen, Anlöthen, das Schreiben, Mahlen auf einem fremden Stoffe. c) Die Vermengung (commixtio), wenn trockene Sachen zusammengemischt, und d) die Vermischung, wenn flüssige Sachen zusammengegossen werden.

2) In dem Falle, als fremde Sachen mit der eigenen auf irgend eine Weise in Verbindung gesetzt worden sind, kommt es vor Allem darauf an, ob selbe füglich getrennt werden können, oder ob eine solche Trennung nicht mehr möglich sey. Im ersten Falle ist kein Grund vorhanden, daß einer der Eigenthümer wegen dieser geschehenen Vereinigung sein Eigenthumsrecht auf die ihm gehörige Sache verlieren soll; der §. fordert daher, daß jedem Eigenthümer seine Sache zurückgestellt werden solle. Dieses ist z. B. der Fall bey einer Einfassung eines Steines in einen Ring; bey Vermischung trockener, von einander unterscheidbarer Körper. — Die Absonderung erfordert aber manchmahl einen Kostenaufwand, der natürlich von dem Schuldtragenden bestritten werden muß. Ist bey der Absonderung eine Sache beschädiget worden, so ist ebenfalls der Theil, der dieselbe durch sein Verschulden herbey geführt hat, dafür verantwortlich. — Ist die Schuld gemeinschaftlich, oder der Schade zufällig, so wird dieser von beyden Theilen gemeinschaftlich getragen (1304 u. 1311). Sind die vereinigten Sachen verbrauchbar (res fungibiles), wel-

che sohin die Eigenschaft haben, daß sie eine Stellvertretung durch andere zulassen, so kann die Absonderung dadurch geschehen, daß jedem Theile Sachen von gleicher Qualität und Quantität zugemessen werden; z. B. es wären zwey mit Silber-Zwanzigern angefüllte Säcke ausgeleert und in einen Sack zusammen geworfen worden. Hier ist zwar die Absonderung nicht in der Art möglich, daß jeder Eigenthümer die nähmlichen Stücke Zwanziger, welche er früher besessen hat, wieder zurück erhalte; allein da ein Stück Zwanziger das andere vollkommen ersetzt, so nimmt jeder Theil nur so viele Stücke Zwanziger zu sich, als er früher besessen hat.

3) Ist die Trennung in der Art nicht möglich, daß die vereinigten Sachen in den vorigen Stand gesetzt werden könnten, was besonders bey einem Gemählde, einer Schrift, oder bey der Vermengung flüssiger Körper der Fall ist, so wird die Sache vom Gesetze hier als ein gemeinschaftliches Eigenthum beyder Theile erkläret. — Der Jeden treffende Antheil wird durch den Werth der ihm ursprünglich zugehörigen Sache bestimmt (§§. 329, 839 u. 841.). Dieser von dem österreichischen Gesetzgeber angenommene Grundsatz ist vollkommen billig, und schneidet viele Controversen ab, welche aus der Vorschrift des römischen Rechtes, daß dem Eigenthümer der Hauptsache auch die Nebensache zustehe, über die Frage entspringen, welche unter den beyden Sachen die Haupt- und welche die Nebensache sey.

4) Ist die Vereinigung der verschiedenen Eigenthümern gehörigen Sachen durch Verschulden eines Theiles zu Stande gekommen, so räumt das Gesetz hier dem schuldlosen Theile das Recht ein, nach seinem Belieben entweder die Sache gegen Ersatz der Verbesserung, d. i. um was seine Sache dadurch am Werthe gewonnen hat, in sein Alleineigenthum zu übernehmen, oder von dem schuldigen Theile, gegen Ueberlassung der Sache in sein Eigenthum, den Ersatz des Werthes der ihm (ersterem) gehörigen Sache zu verlangen. Bey Beurtheilung des Werthes der Verbesserung scheint aber der Nutzen, den der Vereiniger daraus ziehen könnte, mit in Erwägung genommen werden zu müssen. Der Gesetzgeber ging hier, wie bereits Herr Hofrath von

Zeiller bemerkt hat, von dem Grundsatze aus, daß Niemand durch fremdes Verschulden um sein Eigenthum gebracht, aber auch nicht mit fremdem Schaden bereichert werden soll. —

5) Bey Ausmittelung des zu vergütenden Werthes ist auf die redliche oder unredliche Absicht desjenigen, durch dessen Verschulden die Vereinigung vorgenommen worden ist, zu sehen, da sich zu Folge dieses §. seine Ersatzverbindlichkeit darnach richtet. Um nun zu bestimmen, worin die jedesmahlige Verbindlichkeit desjenigen, der die Vereinigung vorgenommen hat, bestehe, wird bemerket, daß sich solche Vereiniger auf drey Hauptclassen zurückführen lassen, je nachdem sie nähmlich von der fremden Sache entweder a) Besitzer, oder b) weder Besitzer noch Inhaber, oder c) nur letztere sind. — Ist der Vereiniger Besitzer, so kommt es nun darauf an, ob er redlicher oder unredlicher Besitzer sey. — Ist er redlicher Besitzer, so kann ihm nicht einmahl ein Verschulden zur Last gelegt werden, da jeder redliche Besitzer schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung benützen, verbrauchen, auch wohl vertilgen kann (§. 329). Ist er aber unredlicher Besitzer, so steht dem andern Theile die Wahl frey, die vereinigte Sache zu behalten, oder sie dem Vereiniger als Eigenthum zu überlassen. Hat sich der schuldlose Theil zu dem ersteren entschlossen, und die vereinigte Sache hat dadurch an Werth gewonnen, was der Regel nach auch angenommen werden kann, und welcher Fall auch dem Gesetzgeber hier offenbar vor Augen schwebte, so muß dieser dem Vereiniger jenen Betrag ersetzen, um welchen sich der Werth der Sache durch diese Vereinigung erhöhet hat. Da aber der unredliche Besitzer verbunden ist, nicht nur alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangten Vortheile zurückzustellen, sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde (§. 335), so hat auch hier der Vereiniger diesen Ersatz an den schuldlosen Theil zu leisten, und es kann geschehen, daß dieser Ersatz mehr ausmacht, als den der schuldlose Theil wegen der Verbesserung leisten muß. Setzen wir z. B. den Fall: der unredliche Besitzer des dem A angehörigen Fasses Wein habe diesen durch Vermischung mit dem ihm eigenthümlich besseren

Weine ausgefüllt, und eben dadurch den Werth des dem A angehörigen Weines erhöhet. Allein die Weinpreise seyen seit einiger Zeit gesunken, und A hätte seinen schlechteren Wein vor einiger Zeit um einen höhern Preis an Mann bringen können, als gegenwärtig der verbesserte Wein im Preise steht. —

Es ist indessen auch möglich, daß durch die Vereinigung beyde Sachen zusammen genommen an Werth verlieren, und in diesem Falle hat daher der Vereiniger um so mehr dem schuldlosen Theile, der die vereinigte Sache als Eigenthum behält, den erlittenen Schaden, nach Maßgabe des §. 335, zu vergüten. — Zieht der schuldlose Theil vor, das Eigenthum der vereinigten Sachen dem Vereiniger zu überlassen, so hat letzterer dem ersteren den Werth der Sache, der nach Umständen auch der der besonderen Vorliebe seyn kann, nebst allen durch den unredlichen Besitz vermißten Vortheilen zu vergüten.

6) Ist der schuldtragende Vereiniger weder Besitzer noch Inhaber der fremden Sache, so steht dem schuldlosen Theile die Wahl frey, ob er den ganzen Gegenstand als Eigenthum behalten, oder ihn dem Vereiniger überlassen wolle. Behält er ihn selbst, so hat er dem Vereiniger das Superplus an Werth zu vergüten, ohne daß dieser, wenn ihm lediglich ein Verschulden und keine unredliche Absicht zur Last fällt, dem andern Theile entgegen etwas zu leisten verpflichtet wäre. Will aber der schuldlose Theil die Sache nicht behalten, so kann er sie dem Vereiniger in das Eigenthum überlassen, welcher dann dem andern Theile für die Entbehrung seiner eigenen Sache zur Schadloshaltung verbunden ist. Liegt dem Vereiniger nur ein Verschulden, aber keine unredliche Absicht zur Last, so ist der Vereiniger zur bloßen Schadloshaltung, im Falle einer unterlaufenen unredlichen Absicht aber auch zur vollen Genugthuung, und nach Umständen zum Ersatz des Werthes der besondern Vorliebe verbunden.

Um meine Ansicht in diesem Puncte anschaulicher zu machen, erlaube ich mir hier das nähmliche Beyspiel zu wählen, welches Herr Professor Schuster in einer kürzlich von ihm er-

schienenen Abhandlung aufgeführt hat [1]). Es werfe nähmlich einer der Spielenden den Spieltisch um, von welchem sein Geld, und jenes mehrerer Mitspieler herabgeworfen, und so unter einander vermengt wurde, daß die den einzelnen Theilhabern zugehörigen Geldbeträge sich nicht bestimmen lassen. — In solch einem Falle entsteht ein doppeltes Rechtsverhältniß, nähmlich eines zwischen den schuldlosen Mitspielern unter sich, und eines zwischen diesen und dem schuldtragenden Vereiniger. — Der Vorschrift des gegenwärtigen §. zu Folge werden nun die schuldlosen Spieler das Recht haben, sämmtliche herabgefallene und durch einander geworfene Geldstücke sich zuzueignen, und von diesem Gesammtbetrage dem schuldigen Vereiniger jenen Betrag, der ihm früher eigenthümlich angehörte, und um welchen sich sohin durch die geschehene Vereinigung die Gesammtsumme der den übrigen Mitspielern gehörigen Beträge vergrößert hat, hinaus zu zahlen, oder sie können dem Vereiniger überlassen, die herabgeworfenen Stücke für sich zu sammeln, und gegen denselben die Vergütung der ihnen angehörigen Beträge fordern. Da im ersteren Falle dem Vereiniger der Beweis obliegen wird, welchen Geldbetrag er vor dem Umwerfen des Tisches vor sich liegen hatte, im letzteren aber die schuldlosen Spieler mit dem entgegengesetzten Beweise auftreten müßten, wie viel sie besessen haben, so werden sie ohne Zweifel wohl das erstere wählen. Unter sich aber wird dadurch eine Gemeinschaft gegründet, und wird im Zweifel der Antheil eines Jeden an dem herabgeworfenen Gelde gleich groß geachtet; wer daher behauptet, daß ihm ein größerer Antheil gebühre, muß dieses beweisen. (§§. 827 u. 839.)

Angenommen nun, daß einer von den Mehreren erweisen möchte, doppelt so viel Geld gehabt zu haben, als aus einer gleichen Theilung auf ihn ausfiele, so ist eben dadurch auch der Beweis hergestellt, daß die andern zusammengenommen, wenigstens um eben diesen Betrag weniger gehabt haben mußten, als durch eine gleiche Theilung für sie entfällt. Sie erleiden also dadurch offenbar keinen Schaden, wenn sie von der gemeinschaft-

1) Siehe Wagner'sche Zeitschrift 1830, VIII. Heft, S. 21.

lichen Summe diesem Theilhaber den doppelten Betrag auszahlen, und es kann somit von einer Ersatzleistung des schuldigen Vereinigers keine Rede seyn [1]). Setzen wir, es waren vier Spieler, und das sämmtliche herabgefallene Geld betrug 350 fl. Die schuldlosen Spieler vereinigen sich dahin, daß sie dem Umwerfer den Betrag von 50 fl., den er nach ihrer Meinung auf dem Tische vor sich liegen haben konnte, vergüten; dieser muß sich entweder damit zufrieden stellen, oder er muß erweisen, daß er früher mehr Geld gehabt habe [2]). Die übrigen 300 fl. werden sohin ein gemeinschaftliches Eigenthum der schuldlosen Spieler, und jedem aus diesen wird sohin im Zweifel ein Hundert Gulden zugewiesen werden. Gesetzt nun, einer derselben beweise, daß er 150 fl. besessen habe, so können die beyden übrigen auf nicht mehr als auf 150 fl. Anspruch machen, und es wird daher, da die übrigen Zwey über ihren Betrag keinen gleichen Beweis herstellen können, jeder aus ihnen sich mit 75 fl. zufrieden stellen müssen. — Der eigentliche Schade würde sohin in diesem Falle nur in dem nothwendigen Aufwande bestehen, welcher von dem einen oder andern Mitspielenden gemacht werden müßte, um den ihm gebührenden Antheil auszuweisen, sohin, wenn dieses nur im ordentlichen Rechtswege geschehen könnte, in der Bezahlung der Prozeßkosten. Diesen Aufwand müßte nun der Umwerfer bezahlen, ohne Unterschied, ob der Tisch absicht-

---

1) Warum der Umwerfer selbst, wenn er für einen Theilnehmer aussagt, in Bezug auf die anderen ein verwerflicher Zeuge seyn soll, wie Herr Professor Schuster behauptet, bin ich nicht im Stande einzusehen.

2) Es wäre sehr unklug von Seite der übrigen Mitspielenden, wenn sie ihm gar nichts vergüten, und selben zur Ausweisung seines Schadens im Rechtswege verhalten wollten; denn es würde in diesem Falle dem Umwerfer wahrscheinlich ein Leichtes seyn, zu erweisen, daß er wirklich vor dem Umwerfen Geld vor sich liegen gehabt habe. Hat er aber dieses dargethan, so hat er erwiesen, daß er zu fordern habe, und muß sohin, in Ansehung des Betrages, zum Schätzungseid zugelassen werden.

Entschließen sich aber die übrigen Spieler sogleich, daß sie dem Umwerfer einen bestimmten Betrag vergüten, so muß er, um zu beweisen, daß ihm ein Forderungsrecht überhaupt zustehe, sogleich darthun, daß er mehr Geld vor sich liegen gehabt habe, als der ihm vergütete Betrag ausmacht, weil ihm außer diesem Falle ein Forderungsrecht überhaupt nicht zusteht. Er ist sohin gezwungen, die Quantität durch ein anderes Beweismittel, als durch den Schätzungseid, darzuthun.

lich, oder nur aus einem Versehen umgestoßen wurde. Denn hier tritt zwischen dem Umwerfer und den übrigen Mitspielenden ein ganz neues Verhältniß ein; der Mitspielende hat durch das Umwerfen des Spieltisches nicht nur sein Geld mit den andern Geldern, sondern er hat auch durch sein Verschulden die Gelder der Mitspielenden mit einander vermengt. — In ersterer Rücksicht ist die Sache dadurch abgethan, daß sich die schuldlosen Spieler den herabgeworfenen Geldbetrag zugeeignet, und ihm den Betrag vergütet haben, der ihm nach ihrem Ermessen gebührte. In Bezug auf den Schaden, den die übrigen Spieler durch die Vermengung ihrer Gelder erleiden, steht der Schuldtragende zu ihnen in eben jenem Verhältnisse, wie wenn ein Dritter, z. B. ein Zuseher, den Tisch umgeworfen hätte, und von diesem Falle wird Nr. 8 gehandelt. — Ist das Umwerfen des Tisches absichtlich geschehen, so hat derselbe in jeder Hinsicht den übrigen Spielenden vollkommene Genugthuung zu leisten.

7) Ich gehe nun zu dem dritten Falle über, wenn nähmlich die Vereinigung unserer Sache mit einer fremden durch das Verschulden eines Inhabers der erstern erfolgt ist. Diese Innehabung kann die Folge eines Vertages seyn, wie z. B. bey dem Verwahrungs-Leihvertrage, der Bevollmächtigung u. s. w.; sie kann aber auch außer einem Vertragsverhältnisse entstehen, wenn z. B. Jemand eine Sache findet. Hat nun in diesem Falle der Inhaber unserer Sache an derselben dadurch eine Veränderung vorgenommen, daß er diese mit der unseren vermengte, so that er es entweder in der Absicht, sich dadurch unsere Sache zuzueignen, oder er wollte dadurch unsere Sache verbessern, oder er hatte dabey gar die Absicht, dieselbe dadurch zu beschädigen. — Im ersten Falle ginge seine Innehabung in einen unredlichen Besitz über, und er wäre daher nach den Nr. 5 aufgestellten Grundsätzen zu behandeln. Im zweyten Falle erscheint er als ein Geschäftsführer ohne Auftrag, und ist sich daher nach den in den §§. 1037 — 1038 aufgestellten Grundsätzen zu benehmen. Hat die Sache dadurch am Werthe gewonnen, und der schuldlose Theil behält sie als Eigenthum, so hat er dem anderen Theile die Verbesserung nach Maßgabe des §. 1037 zu vergu-

ten; in dem Falle aber, als derselbe den Gegenstand dem Vereiniger als Eigenthum überläßt, welches geschehen wird, wenn für den schuldlosen Eigenthümer der überwiegende Vortheil nicht klar ist, oder die Sache demselben zu dem Zwecke, wozu er sie bisher benützte, oder zu benützen vorhatte, unbrauchbar geworden ist, hat letzterer die Vergütung zu leisten, welche Vergütung sich auch auf die Leistung der vollen Genugthuung ausdehnt (§. 1038); denn der gegenwärtige §. sagt ja, daß der schuldtragende Theilnehmer nach Beschaffenheit seiner redlichen und unredlichen Absicht behandelt werden müsse, und die §§. 1037 u. 1038 ordnen an, was in dem Falle Rechtens sey, wenn Jemand in der redlichen Absicht, den Nutzen des Anderen zu befördern, eine Veränderung mit der Sache des letzteren vornimmt. — Hat der Vereiniger dabey die unredliche Absicht, dem Eigenthümer der fremden Sache einen Schaden zuzufügen, so erscheint er als absichtlicher Beschädiger fremden Eigenthums; seine Handlung ist somit eine solche, die durch das Strafgesetzbuch selbst verpönt ist, oder welche wenigstens aus Muthwillen und Schadenfreude verübt worden ist, und somit hat der Eigenthümer dieser Sache nicht nur die volle Genugthuung, sondern selbst den Ersatz des Werthes der besondern Vorliebe in Anspruch zu nehmen.

8) Gründet sich die Vereinigung in einem bloßen Zufalle, so daß keinem Theile ein Verschulden beygemessen werden kann, so räumt hier das Gesetz demjenigen, dessen Antheil mehr werth ist, das sonst dem schuldlosen Theile zuständige Wahlrecht ein. Das Gesetz hat an einem andern Orte (§. 833) den Grundsatz aufgestellt, daß in Angelegenheiten, welche die ordentliche Verwaltung und Benützung des Hauptstammes einer gemeinschaftlichen Sache betreffen, die Mehrheit der Stimmen entscheiden soll, welche nicht nach Personen, sondern nach Verhältniß der Antheile der Theilnehmer gezählet werden soll. Daraus folgt, daß, wenn nur zwey Theilnehmer einer Sache, und zwar zu ungleichen Theilen vorhanden sind, hier immer die Stimme desjenigen entscheide, dessen Antheil mehr werth ist. In Conformität mit diesem Grundsatze hat auch der höchste Gesetzgeber hier demjenigen, dessen Antheil mehr werth ist, das Wahlrecht eingeräumt. —

Uebrigens verpflichtet das Gesetz denjenigen, dessen Antheil weniger werth ist, hier keineswegs, auch die Sache gegen Vergütung des Schätzungspreises zu übernehmen, sondern es steht ihm, nach §. 843, frey, die gerichtliche Feilbiethung zu verlangen, wornach der dafür eingehende Kaufschilling unter beyde Theile, nach dem Verhältnisse ihrer Antheile, getheilet wird. Gründet sich eine nachtheilige Vereinigung in dem Verschulden eines Dritten, so liegt diesem der Ersatz, nach den in dem b. G. B. anderswo aufgestellten Grundsätzen, ob; das Rechtsverhältniß zwischen den beyden Eigenthümern der vereinigten Sachen ist aber hier ganz das nähmliche, als ob die Vereinigung bloß zufällig geschehen wäre.

§. 416.

Werden fremde Materialien nur zur Ausbesserung einer Sache verwendet, so fällt die fremde Materie dem Eigenthümer der Hauptsache zu, und dieser ist verbunden, nach Beschaffenheit seines redlichen oder unredlichen Verfahrens, dem vorigen Eigenthümer der verbrauchten Materialien den Werth derselben zu bezahlen.

1) Nach des Herrn Hofrathes v. Zeiller Commentar ruht diese Anordnung auf der Voraussetzung, daß der Werth der Hauptsache den Werth der Materialien offenbar weit überwiege. Diese Behauptung scheint indessen dahin verstanden werden zu müssen, daß der höchste Gesetzgeber bey Erlassung dieser Vorschrift den gewöhnlicheren Fall vor Augen gehabt habe, nicht aber, daß, wenn obige Voraussetzung nicht eintritt, auch diese gesetzliche Anordnung ihre Anwendung verliere; denn der gegenwärtige §. lautet ganz allgemein, und läßt eine solche einschränkende Auslegung nicht zu. Unser Gesetzbuch ist in diesem Falle wieder dem Grundsatze des römischen Rechtes gefolgt, zufolge welchem der Herr der Principalsache auch Eigenthümer der accessorischen Sache wird.

2) Der gegenwärtige §. setzt offenbar voraus, daß der Eigenthümer der Hauptsache die Vereinigung vorgenommen hat. Dar-

um ladet er auch nur ihm die Verbindlichkeit auf, nach Maß seines redlichen oder unredlichen Verfahrens, den Werth der verbrauchten Materialien zu vergüten. — Hat er die Materialien unter den im §. 367 berührten Verhältnissen an sich gebracht, so ist er ohnehin Eigenthümer derselben geworden, und von einer Vergütung kann dann keine Rede seyn. Wenn aber dieses der Fall nicht ist, so muß er, wenn er redlich zu Werke gegangen ist, dem frühern Eigenthümer der Materialien den gemeinen Preis, ist er aber unredlich zu Werke gegangen, d. i. wußte er, oder mußte er aus den Umständen vermuthen, daß derjenige, von dem er die Materialien an sich gebracht hat, der Eigenthümer derselben nicht sey, einen Preis, der den entgangenen Gewinn in sich schließt, vergüten. Hat er die fremden Materialien auf eine durch das Strafgesetz selbst verpönte Art an sich gebracht, so ist er ganz natürlich demselben verantwortlich, und hat auch in diesem Fall den Werth der besonderen Vorliebe zu entrichten (§. 1331). Es macht im ersteren Falle, nähmlich, wenn er redlich verfahren ist, keinen Unterschied, ob er die fremden Materialien von einem anderen, den er für den Eigenthümer hielt, auf entgeldliche oder unentgeldliche Art erhalten hat; denn wären diese Materialien trennbar, so müßte er sich auch die Abtretung gefallen lassen, ohne den Preis, welchen er seinem Vormanne für die überlassene Sache gegeben hat, fordern zu können (§. 333). Das Gesetz konnte daher auch hier, im Einklange mit dem §. 333, dem Eigenthümer der Hauptsache das Eigenthum der zur Verbesserung verbrauchten Materialien nur gegen Vergütung des Werthes zuerkennen. — Hat ein Anderer als der Eigenthümer der Hauptsache die Vereinigung vorgenommen, so ist auch nur dieser dem Eigenthümer der Materialien verantwortlich.

3) Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt am Schlusse der Erläuterung der §§. 414 — 416, daß in den dort berührten Fällen insgemein angenommen werde, daß die Sache, welcher durch Verschulden eines anderen Theiles eine Sache beygefügt, oder eine andere Gestalt gegeben worden, am Werthe erhöhet, nicht aber vermindert worden sey, und daß außerdem von keiner Vergütung, sondern nur von der möglichen Zurücksetzung in den vorigen Stand,

auf Kosten des Schuldtragenden, und vom Ersatze des Schadens eine Rede seyn könne. Wir wollen nun diese ohne Zweifel ganz richtige Bemerkung auf die in diesen §§. berührten Fälle anwenden. Können die vereinigten Sachen wieder in ihren vorigen Stand zurückgesetzt werden, so muß dieses ohnehin immer geschehen, die Sachen mögen durch die Vereinigung an ihrem Werthe gewonnen oder verloren haben, und demjenigen muß Schadloshaltung geleistet werden, dem sie gebührt. Ist die Zurücksetzung in den vorigen Stand nicht möglich, wenn z. B. Weine verschiedener Qualitäten zusammengemischt worden wären — und hat sich durch diese Vermischung die Qualität der einzelnen Weingattungen verschlechtert, so kömmt es darauf an, ob die vergrößerte Quantität nicht die verringerte Qualität ersetze, so daß die Gesammtsache immer einen höhern Werth hat, als die einzelne Sache desjenigen, der an der Vereinigung schuldlos ist. — In diesem Falle ist immer eine Verbesserung vorhanden. Wird aber durch die Vermengung der verschiedenen Gattungen Weine die Qualität desselben dergestalt herabgesetzt, daß der Gesammtwerth dieser vermengten Weine den Werth des von dem schuldlosen Theile besessenen Weines nicht erreicht, so wird demjenigen, mit dessen Weine der Andere durch Verschulden die Vereinigung vorgenommen hat, das Recht zustehen, dem letzteren den Wein ganz abzutreten, und von ihm die Vergütung des Werthes seines damit vereinigten Weines, nach Beschaffenheit des redlichen oder unredlichen Benehmens des Schuldtragenden, zu verlangen. — Ist jeder Theil schuldlos, und die Vereinigung zufällig geschehen, so werden Beyde Eigenthümer der vereinigten Sache, und es trägt sohin jeder den Nachtheil nach Verhältniß seines Antheiles. — Wird die Sache, zu deren Ausbesserung fremde Materialien genommen worden sind, dadurch mehr verdorben, so wird der Eigenthümer der Hauptsache auch immer Eigenthümer der fremden Materie werden, und er wird, ungeachtet er seine Sache dadurch in keinen besseren Zustand versetzt hat, doch dem Eigenthümer der fremden Materie den Werth derselben zu bezahlen haben, weil er hier als Beschädiger erscheinet.

§. 417.

Insbesondere bey einem Baue.

Wenn Jemand auf eigenem Boden ein Gebäude aufführt, und fremde Materialien dazu verwendet hat, so bleibt das Gebäude zwar sein Eigenthum; doch muß selbst ein redlicher Bauführer dem Beschädigten die Materialien, wenn er sie außer den im §. 367 angeführten Verhältnissen an sich gebracht hat, nach dem gemeinen, ein unredlicher aber muß sie nach dem höchsten Preise und überdieß noch allen anderweitigen Schaden ersetzen.

1) Bey Bauführungen treten besondere Rücksichten ein, welche die Gesetzgebung veranlassen, hier und da einige Abweichungen von den sonst angenommenen Rechtsgrundsätzen eintreten zu lassen, und aus dieser Ursache wird auch hier und in den beyden nachfolgenden Paragraphen von der Bauführung insbesondere gehandelt.

2) Bey Bauführungen sind vier Fälle gedenkbar. Es kann nähmlich Jemand a) auf eigenem Boden mit eigenen Materialien, oder b) auf eigenem Boden mit fremden Materialien, oder c) auf fremdem Boden mit eigenen Materialien, oder d) auf fremdem Boden mit fremden Materialien ein Gebäude aufführen. Der erste Fall kann hier in keine Betrachtung kommen. Die übrigen Fälle werden nach ihrer Reihenfolge in den §§. 417 — 419 entschieden.

3) Hat Jemand auf seinem eigenen Grund und Boden mit fremden Materialien gebaut, so bleibt das Gebäude unter allen Verhältnissen, folglich auch dann, wenn er diese Materialien wirklich auf eine verbrecherische Art an sich gebracht hätte, sein Eigenthum. — Ist das Gebäude noch nicht vollendet, so hat der Eigenthümer der Materialien allerdings das Recht, die noch nicht zur Bauführung verwendeten Materialien zu vindiciren; nur die bereits wirklich zum Baue verwendeten muß er dem Eigenthümer

des Grund und Bodens als Eigenthum überlassen. — Indessen muß der Bauführer für jeden Fall dem Eigenthümer der Materialien eine Vergütung leisten, welche nach den Umständen, ob jener im redlichen oder unredlichen Besitze der Materialien war, verschieden zu bemessen ist. — Im ersteren Falle hat er dem Eigenthümer der Materialien den gemeinen Werth derselben (jedoch ohne Unterschied, ob er diese Materialien unentgeldlich oder entgeldlich überkommen habe) zu vergüten, im letzteren ist aber auch auf den entgangenen Gewinn, den vielleicht der Eigenthümer der Materialien erreicht haben könnte, wenn er sie selbst hätte benützen können, Rücksicht zu nehmen, und nebst dem Werthe der Materialien auch dieser entgangene Gewinn zu ersetzen. Ueberdieß hat hier der Bauführer nicht den gewöhnlichen Mittelpreis der Materialien, sondern den höchsten Preis derselben, um den sie an dem Orte und zu der Zeit auch an Mann gebracht worden sind, zu bezahlen. — Hat der Bauführer die Materialien unter den im §. 367 erwähnten Verhältnissen an sich gebracht, so ist er dadurch Eigenthümer geworden, und sohin auch zu keinem Ersatze verpflichtet.

§. 418.

Hat im entgegengesetzten Falle Jemand mit eigenen Materialien, ohne Wissen und Willen des Eigenthümers, auf fremdem Grunde gebaut, so fällt das Gebäude dem Grundeigenthümer zu. Der redliche Bauführer kann den Ersatz der nothwendigen und nützlichen Kosten fordern; der unredliche wird gleich einem Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt. Hat der Eigenthümer des Grundes die Bauführung gewußt, und sie nicht sogleich dem redlichen Bauführer untersagt: so kann er nur den gemeinen Werth für den Grund fordern.

1) Auf gleiche Art fällt das Gebäude dem Eigenthümer des Grundes zu, wenn Jemand mit eigenen Materialien auf

fremdem Grunde (ohne Einverständniß des Grundeigenthümers) gebauet hat. — Da sich aber Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern soll, so muß der Grundeigenthümer dem Bauführer den Aufwand an Materialien und Arbeit, welcher zur Erbauung des Gebäudes, damit es seinem Zwecke entspreche, sich als nothwendig darstellet, oder zur Hervorbringung dauernder Nutzungen zweckmäßig befunden wird, ersetzen. — Es entsteht hier die Frage: ob der Grundeigenthümer dem Bauführer auch die verwendeten Kosten im vollen Betrage vergüten müsse, wenn der gegenwärtige Werth des Gebäudes sich nicht so hoch beläuft? — Z. B. ein Theil des Gebäudes wäre bald nach der Erbauung abgebrannt. — Ich glaube nicht. Denn eigentlich ist die Anordnung des gegenwärtigen §., in Betreff des Kostenersatzes, nur eine kurze Wiederhohlung dessen, was das Gesetz bereits §. 331 ausgesprochen hat. — Der redliche Bauführer ist nach hergestelltem Baue auch redlicher Besitzer des aufgeführten Gebäudes, welches, nach Vorschrift des gegenwärtigen §. sowohl, als des §. 297, welcher dergleichen Gebäude als ein Zugehör des Grundes erklärt, dem Grundeigenthümer angehört. Wie nun dieser die Abtretung von Seite des redlichen Besitzers begehrt, tritt, in Ansehung des Ersatzes des Aufwandes, ganz die Vorschrift der §§. 331 u. 332 ein.

2) Der unredliche Bauführer wird, ganz im Einklange mit dem §. 336, hier ebenfalls nach jenen Vorschriften behandelt, die unten über eine Geschäftsführung ohne Auftrag festgesetzt sind (§§. 1035 — 1040). Er kann daher den zweckmäßig gemachten Aufwand für ein Gebäude oder Werk, das zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens dienlich befunden wird, verlangen, und einen nützlichen in so fern, als der Vortheil klar überwiegend ist; ja er muß sogar, wenn das Gebäude für den Eigenthümer keinen klar überwiegenden Vortheil bringt, dasselbe auf Begehren des letzteren auf eigene Kosten wieder wegräumen, den vorigen Stand herstellen und den allenfallsigen Schaden ersetzen (§. 1038).

3) In den hier erörterten Fällen wird vom Gesetze angenommen, daß das Gebäude ohne Wissen des Grundeigenthümers errichtet worden. Ein Grundeigenthümer, welcher der redlichen

fremden Bauführung ruhig zusieht, handelt, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, unredlich, daß er dem Anderen den Wahn nicht benimmt, ein Gebäude auf seinem Grunde zu seinem Genusse zu errichten. — Das Gesetz verpönt daher diese unredliche Benehmungsweise dadurch, daß es den Grundeigenthümer verpflichtet, das Eigenthum seines Grundes an den Bauführer, gegen Vergütung des gemeinen Werthes, abzutreten. — Wie aber, wenn der Grundeigenthümer selbst nicht wußte, daß der Grund, worauf gebauet wird, sein Eigenthum sey? — tritt auch dann diese widrige Rechtsfolge für ihn ein? — Der §. scheint offenbar vorauszusetzen, daß der Eigenthümer davon Wissenschaft habe; denn nur seine unredliche Benehmungsweise soll diese widrige Rechtsfolge nach sich ziehen. Für seine Person ist es einerley, ob er von der Bauführung überhaupt keine Kenntniß habe, oder ob ihm nur unbekannt sey, daß der Grund, worauf gebauet wird, sein Eigenthum sey. — Nach der klaren Absicht des höchsten Gesetzgebers, die aus dieser gesetzlichen Anordnung hervorleuchtet, ist daher auch anzunehmen, daß selbe dahin einzuschränken sey, wenn der Eigenthümer des Grundes auch von seinem Eigenthumsrechte Kenntniß hatte. — Man könnte zwar glauben, daß die Worte dieses §. eine solche einschränkende Auslegung nicht zulassen, da sie ganz allgemein sprechen. Allein dieses wäre nicht richtig; denn indem der §. sagt: „Hat der Eigenthümer des Grundes die Bauführung gewußt u. s. w.," so ist unter dem Ausdrucke „die Bauführung" offenbar jene gemeint, welche unter den hier angeführten Umständen unternommen wird; — es ist also nicht hinreichend, daß der Grundeigenthümer von der Bauführung *überhaupt* Wissenschaft habe, sondern er muß auch von den hier erwähnten, sie begleitenden Umständen Kenntniß haben. Niemand wird z. B. behaupten wollen, daß wenn A in Kenntniß kommt, B baue ein Haus, ohne daß ihm auch gesagt wird, wo und auf welchem Grunde er dasselbe baue, diese widrige Rechtsfolge für ihn eintrete, — und doch kann man wohl auch hier behaupten, daß A von der Bauführung des B gewußt habe. Wenn man nun diesen §. dahin auszulegen unternimmt, daß dem A der Grund, auf dem das Haus gebauet wird, gleichfalls bezeichnet werden

müsse, so ist keine Ursache vorhanden, hier die Kenntniß des Umstandes auszuschließen, daß der bezeichnete Grund sein Eigenthum sey.

4) Was ist aber dann Rechtens, wenn der Bauführer ein unredlicher ist, und der Grundeigenthümer von dieser Bauführung Wissenschaft hat, ohne sie dem Bauführer zu untersagen? — Dieser Fall ist im gegenwärtigen §. nicht entschieden; denn derselbe begreift nur folgende zwey Fälle in sich: a) wenn Jemand ohne Wissen des Eigenthümers auf fremdem Grunde eine Bauführung (redlicher oder unredlicher Weise) unternimmt, und b), wenn Jemand mit Wissen des Eigenthümers den Bau redlich führet; daher kann auch die Vorschrift, daß der unredliche Bauführer als ein Geschäftsführer ohne Auftrag angesehen und behandelt werde, nur für den Fall sich verstehen, wenn der Eigenthümer um die Bauführung nichts gewußt hat. Hat er davon Wissenschaft, und untersagt selbe dem Bauführer nicht, so gibt er dadurch stillschweigend zu erkennen, daß er sie genehmige, und es ist daher der Bauführer hier nach den Grundsätzen des Bevollmächtigungsvertrages zu behandeln. Demnach ist der Grundeigenthümer verbunden, dem Bauführer allen, zur Zustandebringung des Gebäudes nothwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bey fehlgeschlagenem Erfolge, zu ersetzen (§. 1014). Er kann sich aber von dieser Verbindlichkeit ohne Zweifel durch Abtretung des Grundes um den gemeinen Werth befreyen; indem der unredliche Bauführer doch für keinen Fall auf etwas Mehreres Anspruch machen kann, als der redliche.

§. 419.

Ist das Gebäude auf fremdem Grunde, und aus fremden Materialien entstanden, so wächst auch in diesem Falle das Eigenthum desselben dem Grundeigenthümer zu. Zwischen dem Grundeigenthümer und dem Bauführer treten die nähmlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie in dem vorstehenden Paragraphe, ein, und der Bauführ-

rer muß dem vorigen Eigenthümer der Materialien, nach Beschaffenheit seiner redlichen oder unredlichen Absicht, den gemeinen oder höchsten Werth ersetzen.

1) In diesem dritten Falle treten zwey Rechtsverhältnisse, nähmlich zwischen dem Bauführer und dem Grundeigenthümer, dann zwischen dem Bauführer und dem Eigenthümer der Materialien, ein. — Der Grundeigenthümer erlangt der Regel nach das Eigenthum des auf seinem Grunde aufgeführten Gebäudes, und ersetzt daher, wenn der Bau ohne seinem Wissen geführt wurde, dem redlichen Besitzer, nach Maßgabe des §. 418, den nothwendigen oder nützlichen Aufwand; dafern er aber den Bau wissentlich geschehen ließ, muß er den Grund gegen Vergütung des gemeinen Werthes abtreten. Der unredliche Bauführer kann von dem Grundeigenthümer, in so fern er um den Bau keine Wissenschaft hatte, nur für den erweislich überwiegenden Vortheil Ersatz fordern; hatte aber letzterer von dem Baue Wissenschaft, so kann er gleichfalls den Ersatz des nothwendigen oder nützlichen Aufwandes fordern, wenn sich nicht der Grundeigenthümer freywillig entschließt, ihm den Grund gegen Vergütung des gemeinen Werthes abzutreten. Das zweyte Rechtsverhältniß zwischen dem Bauführer und dem Eigenthümer der Materialien wird nach dem §. 417 bestimmt. Dieser erhält nähmlich von jenem, je nachdem er redlich oder unredlich die Materialien an sich brachte, nur den gemeinen oder den höchsten Preis.

2) Kann in einem solchen Falle der Grundeigenthümer mit dem Eigenthümer der Materialien in gar keine Collision gerathen? Wenn z. B. der unredliche Bauführer, nach dem er in Erfahrung brachte, daß seine Handlungsweise kund geworden sey, sich entfernet hätte; kann wohl der Grundeigenthümer ohne alle Ersatzleistung der Materialien an den Eigenthümer derselben sich das Gebäude zueignen, und sich dadurch offenbar mit dem Schaden des letzteren bereichern? — Ich glaube nun, daß, nach Verschiedenheit der Fälle, als der Umstände,

ob der Eine oder der Andere sich nicht selbst eine Unredlichkeit zu Schulden kommen ließ, auch zwischen dem Eigenthümer des Grundes und dem der Materialien verschiedene Rechtsansprüche geschehen können. In so fern beyden keine Unredlichkeit zur Last gelegt werden kann, können sie auch nie in einen unmittelbaren Rechtsconflict gerathen, indem es jeder derselben lediglich mit dem Bauführer zu thun hat; allein es kann geschehen, daß der letztere dem Eigenthümer der Materialien als Ersatzleistung seine Rechte gegen den Grundeigenthümer abtritt, oder sich dieselben nach abgeführtem Rechtsstreite im Wege der Execution einantworten läßt. — In diesem Falle tritt sohin der Eigenthümer der Materialien ganz in die Rechte des Bauführers ein, und steht sohin dem Grundeigenthümer gegenüber. In so fern der Eine oder der Andere an der unredlichen Benehmungsweise des Bauführers Theil genommen hätte, wäre er hiefür auch persönlich verantwortlich (§. 1031).

§. 420.

III. Vermischter Zuwachs.

Was bisher wegen der mit fremden Materialien aufgeführten Gebäude bestimmt worden ist, gilt auch für die Fälle, wenn ein Feld mit fremdem Samen besäet, oder mit fremden Pflanzen besetzt worden ist. Ein solcher Zuwachs gehört dem Eigenthümer des Grundes, wenn anders die Pflanzen schon Wurzel geschlagen haben.

Bey dem vermischten Zuwachse durch Säen und Pflanzen können ebenfalls die bey der Bauführung berührten drey Fälle eintreten, daher auch die Vorschriften der §§. 417 — 419 zur Anwendung kommen. Nur ist hier zu bemerken, daß der Same oder die Pflanzen, wenn ersterer bereits ausgesäet ist, und letztere Wurzel getrieben haben, ohne alle Ausnahme das Eigenthum des Grundbesitzers werden; daher die am Ende des §. 418 vorkommende Vorschrift auf den vermischten Zuwachs keine Anwendung finde. Hierbey bemerkt Herr Hofrath v. Zeil-

ler noch, daß in der Zuerkennung des Ersatzes, den der Grundbesitzer zu leisten hat, zugleich auf die Bestellungskosten Rücksicht zu nehmen sey.

§. 421.

Das Eigenthum eines Baumes wird nicht nach den Wurzeln, die sich in einem angränzenden Grunde verbreiten, sondern nach dem Stamme bestimmt, der aus dem Grunde hervorragt. Steht der Stamm auf den Gränzen mehrerer Eigenthümer, so ist ihnen der Baum gemein.

§. 422.

Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden reißen und die über seinem Luftraume hängenden Aeste abschneiden oder sonst benützen.

1) Das österreichische Gesetzbuch folgt hier den Grundsätzen des römischen Rechtes, welches gleichfalls das Eigenthum eines Baumes nur nach dem Stamme beurtheilt, aus dessen Grunde er hervorragt, und daher ihn in dem Falle, als er auf der Gränze mehrerer Grundeigenthümer steht, als ein gemeinschaftliches Eigenthum derselben ansieht.

2) In Erwägung, daß jeder Eigenthümer die Einwirkung auf sein Eigenthum, wäre es auch nur auf den ihm zuständigen Luftraum, hintan zu halten berechtiget ist, hat ihm hier der höchste Gesetzgeber das Recht zugesprochen, die Wurzeln des fremden Baumes aus seinem Boden zu reißen, so wie die auf sein Gebieth reichenden Aeste abzuhauen, und sich selbe, oder die daran hängenden Früchte zuzueignen. — Daß dergleichen Früchte der Eigenthümer des Baumes auf dem fremden Grunde nicht einsammeln dürfe, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare behauptet, scheint nicht zweifelhaft, indem der Andere ihn hiervon auszuschließen berechtiget ist, und daß er auch nicht berechtiget sey, durch Lenkung der Aeste oder durch Werkzeuge selbe an sich zu ziehen, da das Benützungsrecht auf diese Aeste dem

Nachbar eingeräumt ist. — Indessen kann es geschehen, daß der Eigenthümer des benachbarten Grundes zufolge einer Servitut verpflichtet ist, die Aeste des Baumes in seinen Luftraum aufzunehmen, und die Wurzeln desselben in seinem Boden zu dulden, in welchem Falle ganz natürlich ein ganz anderes Rechtsverhältniß eintritt. Hat der Eigenthümer des benachbarten Grundes auf das Verboth des Baumeigenthümers unterlassen, die Aeste abzuhauen, oder die darauf hängenden Früchte sich zuzueignen, so ist letzterer dadurch in den Besitz dieses Servitutsrechtes gekommen. — Eben so, wenn er es duldete, daß der Baumeigenthümer die in seinem benachbarten Grundstücke hängenden Aeste, oder die daran hängenden Früchte für sich benütze.

3) Da nach der Vorschrift des §. 828 kein Theilhaber einer gemeinschaftlichen Sache in selber eine Veränderung vornehmen kann, wodurch über den Antheil desselben verfügt würde, so folgt, daß in dem Falle, als ein Baum auf der Gränze mehrerer Grundeigenthümer steht, und sohin ein gemeinschaftliches Eigenthum derselben ist, keiner die in seinem Boden befindlichen Wurzeln desselben ausreißen, und die über seinem Luftraume hängenden Aeste abschneiden oder sonst benützen dürfe. Diese Folgerung dünkt Manchem sonderbar, weil dadurch demjenigen, welcher gar kein Eigenthumsrecht auf den Baum hat, ein Befugniß zugesprochen wird, das demjenigen, welchem wirklich Eigenthumsrechte auf selben zustehen, hier benommen wird. — Allein hier tritt ein ganz anderes Rechtsverhältniß ein. — Der Miteigenthümer muß sich zwar von Handlungen enthalten, die ihm als solchem rechtlich zugestanden wären; allein ihm kommen dagegen andere Befugnisse zu, von denen der Nichteigenthümer ausgeschlossen ist. — Findet er ein größeres Interesse an der Ausübung des dem nachbarlichen Nichteigenthümer im gegenwärtigen §. eingeräumten Rechtes, so steht es ihm frey, auf sein Miteigenthumsrecht Verzicht zu leisten, und seinem Nachbar den Baum als Eigenthum zu überlassen.

4) Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt am Schlusse dieser Materie, daß der Richter die kurz durchgreifenden, nur die gewöhnlicheren Fälle ausdrückenden Vorschriften auf die analogen

Fälle anzuwenden habe. — Hierzu ist er offenbar durch den §. 7 dieses Gesetzbuches angewiesen. — Zur Erleichterung der Anwendung will ich hier kurz erörtern, was nach österreichischen Gesetzen Rechtens sey, wenn Jemand auf eines Anderen Papier schreibt, oder wenn er auf fremder Materie mahlet. Nach römischem Rechte gehörte das Geschriebene dem Herrn des Papiers; denn sie sahen dasselbe als die Principalsache an, und bey ihnen galt der Grundsatz: accessorium sequitur suum principale. In Ansehung der Gemählde hat Justinian dahin entschieden, daß die Mahlerey das Principale seyn solle, denn er hielt es für unvernünftig das Gemählde eines Apollo's oder Parrhasius dem Eigenthümer eines elenden Holzes zuzusprechen. — Stellen wir nun diese Fälle unter das österreichische Gesetz, so scheint es, daß in vielen Fällen dem Eigenthümer des Papieres, das darauf Geschriebene, und dem Eigenthümer der Leinwand oder des Holzes, das darauf befindliche Gemählde zugesprochen werden müsse, wenn nähmlich der Schreiber oder Mahler das fremde Papier, die fremde Leinwand oder das Holz in dem Bewußtseyn, daß die Sache nicht ihm gehöre, benützet hat. — Es scheint sich jedoch ein gewisses inneres Rechtsgefühl dagegen aufzulehnen, deßhalb dem Eigenthümer des Materiales die Schrift oder das Gemählde, das vielleicht für den Schreiber und Mahler von ungleich größerem Werthe ist, als für jeden Anderen, als Eigenthum zuzuerkennen. — Ich bin nun dießfalls folgender Meinung: Der §. 415 spricht nur dann den aus der Vereinigung mehrerer, verschiedenen Eigenthümern gehörigen, Sachen entstandenen Gegenstand beyden Eigenthümern als gemeinschaftliches Eigenthum zu, wenn die Zurücksetzung in den vorigen Stand nicht mehr möglich ist, und es ist bey Erläuterung dieses §. zugleich bemerkt worden, daß bey Sachen, die eine Vertretung durch andere zulassen, die Zurücksetzung in die vorige Lage oder die Absonderung auch dadurch geschehen könne, daß, anstatt der verbrauchten, eine andere von gleicher Qualität und Quantität gegeben werde. — Besäße der Schreiber oder Mahler die Kunst, die Schrift oder das Gemählde auf ein anderes Papier, Holz, oder andere Leinwand in der Art zu übertragen, daß der

frühere Zustand des verwendeten Materials wieder hergestellt werde, so wäre er ohne Zweifel dazu berechtiget. — Nun müßte es aber in diesem Falle dem Eigenthümer des Materials ganz gleichgültig seyn, ob er von demselben das nähmliche Papier, Leinwand oder Holz, oder dafür ein anderes in gleicher Qualität und Quantität erhalte; er scheint sich daher um so mehr auch hier mit der Substituirung dergleichen Materials zufrieden stellen zu müssen. — Sollte aber ein ganz gleiches Materiale, was die Stelle des verwendeten vollkommen vertritt, nicht aufgefunden werden können, so wäre der Schreiber, dem daran gelegen ist, daß seine zu Papier gebrachten Gedanken für ihn nicht verloren gehen, für jeden Fall berechtigt, sich eine Abschrift davon zu nehmen, und zugleich, wenn er wünscht, daß seine zu Papier gebrachten Gedanken nicht weiter verbreitet werden, seine Schrift auf dem fremden Papiere unleserlich zu machen. — Denn in so weit es möglich ist, daß vereinigte Sachen in ihren vorigen Stand zurückgebracht werden können, ist jeder Eigenthümer dazu berechtigt. — Dieses geschieht aber dadurch, wenn die niedergeschriebenen Gedanken auf ein anderes Papier übertragen, und die erstere Schrift unleserlich gemacht wird. — Der materielle Buchstabe der Schrift wird dadurch freylich von dem Papiere nicht getrennt, wohl aber der auf das Papier gleichsam geheftete Gedanke, um den es dem Schreiber eigentlich zu thun ist. — Was das Gemählde anbelangt, so verschwindet die scheinbare Unbilligkeit, dem Eigenthümer des Materials dasselbe zuzusprechen, wenn man meiner bey Erläuterung der §§. 414 u. 415 ausgesprochenen Behauptung beypflichtet, daß bey Beurtheilung, ob und in welchem Grade eine Verbesserung bewirkt worden sey, auf den Nutzen und Vortheil desjenigen gesehen werden müsse, der die Vereinigung vorgenommen hat. — Setzen wir den Fall: der Mahler hätte ein fremdes Portrait gemahlt, und der Besteller desselben habe ihm ein Honorar von vierzig Ducaten zugesichert, so versteht man die Verbesserung doch offenbar in diesen vierzig Ducaten, nach Abzug desjenigen, was das dazu verwendete fremde Materiale werth ist, und der Eigenthümer des letzteren müßte ihm sohin diesen Werth vergüten, oder das

Gemählde dem Mahler gegen Ersatz des Materials überlassen. — Hat der Mahler zu seinem eigenen Vergnügen ein Gemählde verfertiget, z. B. sein eigenes Portrait, oder das Portrait seiner Frau oder seiner Geliebten, so kann gleichfalls die Verbesserung nicht in dem bestehen, was dabey der Eigenthümer des Materials gewonnen hat, sondern sie besteht in dem, was derjenige, den dieses Portrait eigentlich interessiret, für ein solches Portrait zu zahlen pflegt. — Für jeden Fall wird es der Mahler immer dahin bringen können, daß der Eigenthümer ihm das Gemählde gegen Ersatzleistung in Hinsicht des verwendeten Materiale gerne überlassen wird. — Er biethe dem Eigenthümer des Materials einen hohen Kaufschilling für das Gemählde an. Nimmt er diesen Antrag an, und der Mahler zahlt ihm den Kaufschilling aus, so zeigt sich eben daraus, wie viel der Werth der Verbesserung betrage, wenn nähmlich der Werth des Materials von diesem Kaufschillinge in Abzug gebracht wird; diese Erhöhung des Werthes hat aber der Eigenthümer des Materials dem Mahler wieder zurück zu vergüten. Würde er den Kaufpreis, der ihm auch durch dritte Personen angebothen werden kann, nicht annehmen, so würde er eben dadurch an Tag legen, daß er wenigstens in Bezug auf seine Person die Sache höher im Werthe halte, als der angebothene Kaufschilling beträgt, — und sohin würde er auch hier zum Ersatze der Verbesserung, nach Maßgabe des angebothenen Kaufschillings, verhalten werden können.

Fünftes Hauptstück.

Von Erwerbung des Eigenthums durch Uebergabe.

§. 423.

Mittelbare Erwerbung.

Sachen, die schon einen Eigenthümer haben, werden mittelbar erworben, indem sie auf eine rechtliche Art von dem Eigenthümer auf einen Anderen übergehen.

Unmittelbar können nur freystehende Sachen erworben werden. Sachen, welche zur Zeit, als sie von Jemanden erworben werden sollen, bereits einen Eigenthümer haben, können nur mittelbar an sich gebracht werden, d. h. sie können durch keinen einseitigen Act der Erwerbenden, sondern nur mit Hinzukunft eines fremden Actes in das Eigenthum der letzteren übergehen.

§. 424.

Titel derselben.

Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage; in einer Verfügung auf den Todesfall; in dem richterlichen Ausspruche; oder in der Anordnung des Gesetzes.

1) Der eigentliche Grund der rechtlichen Möglichkeit, eine fremde Sache als Eigenthum an sich zu bringen, liegt entweder in dem Willen des Eigenthümers, oder desjenigen, der über die Rechte desselben zu verfügen befugt ist. Denn wenn der Eigenthümer selbst will, daß das Eigenthum seiner Sache auf einen Andern übergehen solle, so kann er sich nicht über Verletzung seines Eigenthumsrechtes beklagen, wenn der Andere dieses Eigenthum wirklich an sich bringt. — Es ist vielmehr das Recht, eine Sache auf den Andern zu übertragen, ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes, und der Eigenthümer müßte die Ausübung eines seiner wichtigsten Rechte fahren lassen, wenn, ungeachtet seines auf die Ab-

tretung erklärten Willens dem Andern die Erwerbung rechtlich unmöglich gemacht würde.

2) Der Eigenthümer kann aber seinen Willen entweder dahin fassen, daß schon bey dessen Lebzeiten der Andere das Eigenthum der Sache erlangen, — oder sein Wille kann dahin gerichtet seyn, daß das Eigenthumsrecht des Anderen erst nach seinem Tode beginnen soll. — Wird die Willenserklärung von Seite des Anderen angenommen, so entsteht ein Vertrag. — Einseitige Willenserklärungen, daß eine Sache noch bey Lebzeiten des Eigenthümers in das Eigenthum eines Anderen übergehen soll, machen es zwar dem letzteren rechtlich möglich, die Sache nunmehr als Eigenthümer an sich zu bringen; allein diese rechtliche Möglichkeit ist nicht der nächste Grund, aus dem sich die Erwerbung des Eigenthums rechtfertigen läßt, denn es muß die Erklärung der Annahme früher vor sich gehen, und geschieht sie nicht in der vom Gesetze bestimmten Zeitfrist (§. 862), so hört auch diese entferntere Möglichkeit wieder auf. Darum sieht auch das Gesetz in dem Falle, als das Eigenthum schon bey Lebzeiten des Ueberträgers an den Andern übergehen soll, die einseitige Willenserklärung des ersteren noch als keinen Titel zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes selbst an. Diese einseitige Willenserklärung ist vielmehr nur der nächste Grund, aus dem sich die Erwerbung eines Rechtes zur Sache, nicht aber die eines Rechtes in der Sache rechtfertigen läßt.

3) Dagegen bedarf es bey letztwilligen Anordnungen, wodurch Jemanden das Eigenthum einer bestimmten Sache zugedacht wurde, keiner ausdrücklichen Erklärung der Annahme. Der Bedachte kann gleich unmittelbar, ohne sich früher über die Annahme zu erklären, die Uebergabe der vermachten Sache in sein Eigenthum begehren, und sein dießfälliges Recht geht vor der Verjährungszeit nicht verloren. Daher begründet schon die Verfügung auf den Todesfall für ihn unmittelbar, ohne daß die Vornahme eines anderen Actes noch voraus zu gehen hätte, die rechtliche Möglichkeit, die ihm zugedachte Sache als Eigenthum an sich zu bringen.

4) Die Macht über die Rechte der Eigenthümer steht dem Oberherrn des Staates, als Richter und als Gesetzgeber, zu. In der ersten Eigenschaft erkennt und entscheidet er vermittelst der Gerichtshöfe über die streitigen Rechte; in der letztern verfügt er durch das Gesetz [1]). Der richterliche Ausspruch kann hier in doppelter Beziehung als Titel zur Sprache kommen. Der Regel nach setzt jeder richterliche Ausspruch, wenn er gerecht ist, einen Titel zum Eigenthume voraus, welcher jedoch von Seite des anderen Theiles streitig gemacht worden ist; und in dieser Hinsicht ist derselbe nur in so weit wieder als Titel zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes anzusehen, als derjenige, der diesen Ausspruch für sich hat, sich nicht mehr auf jenen entfernten Rechtsgrund, sondern nur auf die rechtskräftige Entscheidung zu berufen braucht. — Aber es sind auch Fälle gedenkbar, wo der richterliche Ausspruch einen selbstständigen Titel gründet, wie z. B. bey der Theilung einer gemeinschaftlichen Sache (§. 841).

5) Der Ausspruch des positiven Gesetzgebers liegt entweder schon in den natürlichen Rechtsgründen, oder in den Regeln der Gesetzgebungspolitik. — Beyspiele letzterer Art gibt uns, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkte, die Erwerbung der Früchte durch redlichen Besitz (§. 329), der gesetzliche Finderlohn (§. 391), die gesetzliche Erbfolge, der Pflichttheil, die Verjährung u. s. w.

§. 425.

Mittelbare Erwerbungsart.

Der bloße Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dinglichen Rechte überhaupt können, außer den im Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden.

1) Der Titel, als eine bloß rechtliche Möglichkeit zu erwerben gedacht, gibt noch kein wirkliches Eigenthum; denn damit ein Eigenthumsrecht entstehe, wird, nebst der rechtlichen

1) Siehe Zeiller zu diesem §., Nr. 1.

Möglichkeit, noch ein besonderer Act erfordert, um das bloß Mögliche aus dem Reiche der Möglichkeit in das der Wirklichkeit zu versetzen, welcher Act die Erwerbungsart genannt wird. — Indessen steht nichts entgegen, daß öfters Titel und Erwerbungsart in einem Acte zusammentreffen. Der Theorie nach aber müssen beyde immer gesondert bleiben. So z. B. könnte der Gesetzgeber allerdings anordnen, daß durch den Vertrag, wodurch eine bestimmte Sache an Jemand übertragen wird, ohne Hinzutreten eines anderen Actes das Eigenthum derselben erworben werde; allein in diesem Falle bestünde eigentlich der Titel in dem Versprechen des früheren Eigenthümers, das Eigenthum übertragen zu wollen; denn dieses Versprechen eröffnet dem Promissar die Möglichkeit, das Eigenthum der Sache zu erwerben, welches durch die Erklärung seiner Annahme auch wirklich erworben würde, daher hier diese Erklärung als die Erwerbsart anzusehen wäre.

2) Nach den Grundsätzen des natürlichen Privatrechtes ist es streitig, ob ein bloßer Vertrag, wodurch eine bestimmte Sache oder ein Recht auf eine völlig bestimmte Sache zugesichert und angenommen wird, ohne alle Uebergabe schon ein dingliches Sachenrecht gewähre? — Daher wird diese Frage auch von mehreren philosophischen Rechtslehrern verschieden beantwortet. — In Ansehung der ursprünglichen Erwerbungsart hegen die wenigsten einen Zweifel, daß hier eine Besitzergreifung und Bezeichnung nothwendig sey, damit Jedermann erkennen könne, die Sache sey nicht herrenlos, und es sey daher Niemand berechtiget, sich dieselbe zuzueignen [1]). Aber in Ansehung der abgeleiteten Erwerbungsart behauptet man, daß ein äußeres Zeichen der Uebertragung des Eigenthums nicht mehr nothwendig sey, da die Sache schon vorher aus der Gemeinschaft ausgehoben war, jede dritte Person daher ohnehin schon wissen müsse, daß sie sich dieser Sache nicht mehr bemächtigen dürfe, und es sohin auch, sobald die vertragschließenden Theile darüber einig sind, welche einzelne Sachen, und in wie fern sie überlassen werden, in Rück-

1) Zeillers natürliches Privatrecht, §. 66.

sicht der übrigen Menschen keiner weiteren Erklärung des ausschließenden Rechtes durch den Besitz bedürfe [1]). Dieses Raisonnement schiene mir allerdings gegründet, wenn nicht auch der Fall möglich wäre, daß der Eigenthümer einer Sache, welcher dieselbe an einen Anderen mit dessen Zustimmung zu übertragen erkläret hat, ohne ihm diese Sache wirklich zu übertragen, diese nähmliche Erklärung auch einem Dritten mache, welchem er überdieß noch diese Sache übergibt. — Hier ist für diesen Dritten kein Merkmahl vorhanden, woraus er entnehmen könnte, daß das Eigenthumsrecht der in Rede stehenden Sache bereits auf einen Anderen übergegangen sey. Wenn daher bey der ursprünglichen Erwerbungsart die Bezeichnung aus dem Grunde gefordert wird, damit für die übrigen Menschen erkennbar werde, daß die Sache nicht mehr herrenlos, folglich Niemand berechtiget sey, sich dieselbe zuzueignen, warum soll nicht aus einem gleichen Grunde, nach den Lehrsätzen des natürlichen Privatrechtes, zur vollständigen Erwerbung des Eigenthums einer Sache, welche bereits Jemand eigenthümlich besaß, die Uebergabe nothwendig seyn, da für diejenigen, welche ihr Recht von dem Willen des Eigenthümers selbst ableiten, durch kein äußeres Zeichen erkennbar wird, daß derselbe über diese Sache nicht mehr mit Rechtsgültigkeit disponiren konnte?

3) Aus dem Gesagten wird zum wenigsten erklärbar, warum die meisten positiven Gesetzgebungen diese Uebergabe bey Erwerbung des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte als nothwendig eingeführt haben. Für alle Fälle wird durch die Anordnung des Gesetzes, daß zur Erwerbung des Eigenthumes die Uebergabe nothwendig sey, die Sicherheit des Eigenthumes hergestellt und der Verkehr befördert; welche Sicherheit außerdem gefährdet, so wie der Verkehr gehemmt würde. — Um dasjenige, was ohnehin bereits gründlich dargestellt worden ist, nicht unnöthiger Weise zu wiederhohlen, verweise ich die Leser auf die Abhandlung des k. k. Rathes u. Prof. Hrn. Dr. Michael Schuster [2]) über die von dem Eigenthümer vorgenommene Veräußerung

1) Zeiller a. and. O., §. 109.
2) In des Herrn Vicepräsidenten Pratobevera Materialien, 6. B.

einer Sache an zwey verschiedene Personen, und den Vorzug unter denselben, worin Seite 225 — 227 die widrigen Rechtsfolgen eines gegentheiligen Rechtsinstitutes geschildert worden sind. Es stellt daher auch dieser §. die Regel auf, daß man mittelbar das Eigenthum einer Sache nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erwerbe. Wenn mir z. B. Jemand seine Uhr verkauft, so erlange ich durch den Kaufvertrag nur ein persönliches Recht gegen den Verkäufer, vermöge welchem ich ihn verhalten kann, mir diese Uhr als Eigenthum zu übergeben, aber keineswegs das Eigenthum dieser Uhr selbst. Ich kann sie daher auch in dem Falle, als er die nähmliche Uhr an einen Dritten verkauft und übergeben hätte, von diesem Dritten nicht vindiciren, sondern ich muß mich damit begnügen, die Schadloshaltung von dem Verkäufer zu fordern.

4) Der §. redet von einer rechtlichen Uebergabe und Uebernahme. Dieser Ausdruck beziehet sich jedoch nicht auf die subjective juristische oder gar moralische Fähigkeit der Personen, sondern auf die objective äußere Beschaffenheit der Tradition, wie sie das positive Gesetz in den hier folgenden §§. zur rechtlichen (d. i. legalen) Uebergabe und Uebernahme erfordert [1]). Denn die subjective juristische oder moralische Fähigkeit der Personen wird schon zur Möglichkeit der Eigenthumserwerbung erfordert, sie muß sohin schon bey Beurtheilung des Rechtstitels zur Sprache kommen. Die Rechtlichkeit des Titels vorausgesetzt, kann die Rechtlichkeit der Uebergabe und Uebernahme nur in der Beobachtung der in Ansehung derselben vorgezeichneten gesetzlichen Vorschriften bestehen; denn der §. 878 sagt ja, daß dasjenige, was nicht geleistet werden kann, was geradezu unmöglich und unerlaubt ist, kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden könne. Wo aber bereits die Unmöglichkeit, eine Sache zu erwerben, vorliegt, folglich kein gültiger Titel vorhanden ist, kann von einer Erwerbungsart keine Rede mehr seyn. Wenn mir z. B. Jemand einen geschwärzten Tabak verkauft, und mir denselben, in Folge des geschlossenen Kaufcontractes, in meine Hände über-

1) Siehe Pratobevera's Materialien, 6. B., S. 252, Anmerkung Nr. 2.

gibt, so werde ich dadurch doch auf selben kein Eigenthumsrecht erlangen; allein nicht deßwegen, weil die Uebergabe, — sondern weil der geschlossene Kaufsvertrag unrechtlich, sohin ungültig war. — Wenn mir dagegen Jemand sein Haus verkauft, mich in den physischen Besitz desselben einführt, und dadurch die Uebergabe zu vollziehen glaubt, so werde ich doch nicht Eigenthümer desselben, weil die Uebergabe nicht so geschehen ist, wie es das Gesetz zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes fordert.

5) Der §. fordert zur rechtlichen mittelbaren Erwerbungsart die Uebergabe und Uebernahme. Daraus scheint hervorzugehen, daß durch den einseitigen Act des Uebernehmens das Eigenthumsrecht nicht erlangt werde. Setzen wir z. B. den Fall: A habe seine Sackuhr an B verkauft, aber selbe nicht zugleich übergeben. — Später kömmt B zufälliger Weise in das Zimmer des A, sieht die ihm verkaufte Uhr auf dem Tische liegen, und nimmt sie zu sich. — Ist er durch diesen Act Eigenthümer geworden? — Offenbar nicht; denn der §. sagt ausdrücklich, daß das Eigenthum nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werde, welche erstere hier nicht vorhanden ist; auch kann hier die Uebernahme selbst als keine rechtliche angesehen werden, da das Gesetz denjenigen, der sich in den Besitz einer Sache eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht, als einen unechten Besitzer erkläret (§. 345), gegen den die Zurücksetzung in die vorige Lage eingeklagt werden kann (§. 346). — Ein anderes müßte in dem Falle behauptet werden, wenn die eigenmächtige Besitzergreifung sich in dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen des Eigenthumsüberträgers gründete, indem hier der Uebernehmer gleichsam die Uebergabe an sich selbst vollzieht, und zwar mit Wissen und Willen des früheren Eigenthümers, daher auch auf eine rechtliche Weise.

6) Uebrigens kann die Uebergabe nicht nur mit dem Titel verbunden werden, welches bey der Ersitzung der Fall ist (§. 1452), die sohin Titel und Erwerbungsart zugleich ist; sondern die Uebergabe kann dem Titel öfters vorangehen, wie wenn z. B. der A bey dem B Waaren bestellet, und letzterer sie ihm mit dem Bedeuten übergibt, daß sie über den Kaufspreis schon einig werden

würden. Werden sie in der Folge darüber einig, und wird sohin dadurch der Kaufscontract vollkommen abgeschlossen, so gehet mit diesem Abschlusse auch das unwiderrufliche Eigenthum der Waaren an den A über. Würden sie mit dem Kaufspreis nicht einig, so müßten ohne Zweifel die Waaren wieder zurückgestellt werden, und hätte sie der A bereits in der Ueberzeugung, daß B einen annehmbaren Preis festsetzen werde, schon als sein Eigenthum behandelt und als solche vertilget, z. B. die Eßwaaren verzehret, so wäre er (A) verbunden, diese Waaren nach dem gangbaren Preise zu ersetzen. — Diesen Preis muß er ersetzen, weil er nur in der Voraussetzung, daß sich der Verkäufer mit einem solchen begnügen werde, die Waaren vorläufig als sein Eigenthum ansehen und behandeln konnte, er daher, wenn er die Bezahlung dieses Preises verweigern wollte, sich unredlich benehmen würde, und er dadurch wirklich als Beschädiger erscheint, der, wenn die Sache in den vorigen Stand nicht mehr zurückgesetzt werden kann, den Schätzungswerth zu vergüten hat, welcher, der Regel nach, nach dem Nutzen bestimmt wird, den die Sache, mit Rücksicht auf Zeit und Ort, gewöhnlich und allgemein leistet (§. 305). Mehr kann aber der Uebergeber nicht verlangen, weil sich die Beschädigung hier weder auf eine böse Absicht, noch auffallende Sorglosigkeit gründet (§. 1324). Der §. deutet zugleich an, daß in manchen Fällen das Eigenthum auch ohne Uebergabe und Uebernahme an Jemanden übergehen könne, — welche Fälle an verschiedenen Orten des Gesetzbuches, wie z. B. bey dem Besitze (§. 330), und besonders im vorigen Hauptstücke bey der Lehre von dem Zuwachse vorkommen.

7) Der Paragraph dehnt die Regel, daß das Eigenthum mittelbar nur durch rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werde, auf die dinglichen Rechte überhaupt aus. So gibt der bloße Titel kein Besitzrecht (§. 320); er gibt kein Servituts- (§. 487) und kein Pfandrecht (§. 451). Doch findet bey allen diesen dinglichen Rechten die hier aufgestellte Regel einige Ausnahmen. — So wie z. B. das Besitzrecht durch die eigenmächtige Handlung des Erwerbers ohne Titel und Uebergabe erlangt wird, so erwirbt der Vermiether ein Pfandrecht auf die

Fahrnisse des Miethers, ohne daß dieselbe ihm übergeben werden u. s. w. Das Erbrecht macht aber überhaupt von dieser Regel eine Ausnahme (§. 536).

§. 426.

Arten der Uebergabe: 1) bey beweglichen Sachen: a) körperliche Uebergabe.

Bewegliche Sachen können in der Regel nur durch körperliche Uebergabe, von Hand zu Hand, an einen Andern übertragen werden.

1) Die Uebergabe, im weitläufigen und gemeinen Sinne, ist, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, jede Handlung, wodurch man den Besitz, oder auch die bloße Inhabung, auf einen Andern überträgt; aber im juridischen Sinne ist sie die Einräumung des Besitzes, oder eine Handlung, wodurch der Besitz einer Sache auf einen Andern übertragen wird, in der Absicht, daß er das Eigenthum einer Sache (ein eigenthümliches Recht §§. 353 u. 354) erhalte. — Die Haupttendenz der Uebergabe besteht theils darin, daß der Uebernehmer in den Stand gesetzt werde, ausschließend über die Sache zu verfügen, theils damit Andere abnehmen können, daß das Eigenthum von dem Uebergeber an den Uebernehmer übertragen worden sey (§. 425).

2) Die Art der Uebergabe ist verschieden nach der Gattung des Gegenstandes, der übergeben werden soll. Vorzüglich und wesentlich unterscheiden sich die Uebergabe der beweglichen und die der unbeweglichen Sachen. Die natürlichste Uebergabsart beweglicher Sachen ist diejenige, zufolge welcher sie Jemanden in die Hand gegeben, und von diesem ergriffen werden. — Dadurch wird dieser doppelte Zweck am vollkommensten erreicht; denn a) wird es dem Uebergeber unmöglich gemacht, mit der Sache zu Gunsten eines Anderen zu verfügen, und b) wird der Uebernehmer dadurch, daß er die physische Möglichkeit erhält, über die Sache nach Willkühr zu verfügen, in einen Zustand versetzt, welcher mit dem Eigenthumsrechte, das in der rechtlichen Möglichkeit besteht, auf eine Sache nach Willkühr einzuwirken, correspondiret, daher auch die übrigen Personen denselben als

Eigenthümer der Sache anzusehen genöthiget sind. — Es ist zwar richtig, daß diese körperliche Uebergabe kein ganz untriegbares Zeichen der Eigenthumsüberlassung ist, indem die Sache auch in Folge eines Verwahrungs-, Leih- oder Pfandvertrages u. s. w. übergeben werden kann; allein das Gesetz hat §. 367 auf eine andere Art und Weise dafür gesorgt, daß derjenige, der im guten Glauben diese Uebergabe für die wirkliche Eigenthumsübertragung ansieht, — dadurch nicht zu Schaden komme. —

3) Indessen darf der Ausdruck „Uebergabe von Hand zu Hand" nicht immer buchstäblich genommen werden; sie ist ohne Zweifel in allen jenen Fällen vorhanden, wo eine Sache in die Gewahrsame des Anderen übergeben wird. — Wer z. B. einen Wagen kauft, und ihn in seine Wagenremise bringen läßt, wird dadurch Eigenthümer desselben, wenn auch der Wagen von ihm noch nicht mit der Hand ergriffen worden ist. Es genügt, wenn er nur in die Lage gesetzt wurde, ausschließend mit demselben verfügen zu können. — Man kann daher im Allgemeinen sagen, daß eine Uebergabe von Hand zu Hand dann vorhanden sey, wenn eine bewegliche Sache von der Gewahrsame des früheren Eigenthümers in die des neuen Erwerbers gebracht wird. — Von der Uebergabe der unbeweglichen Sachen wird im §. 431 gehandelt.

§. 427.

b) Uebergabe durch Zeichen.

Bey solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, wie bey Schuldforderungen, Frachtgütern, bey einem Waarenlager oder einer anderen Gesammtsache, gestattet das Gesetz die Uebergabe durch Zeichen; indem der Eigenthümer dem Uebernehmer die Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache

zu ergreifen, oder indem man mit der Sache ein Merkmahl verbindet, woraus Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Anderen überlassen worden ist.

1) Die Uebergabe von Hand zu Hand ist aber nicht immer füglich zu bewerkstelligen, weßhalb das Gesetz hier auch eine andere Art von Uebergaben, als die von Hand zu Hand, zuläßt, welche die Uebergabe durch Zeichen, oder die symbolische genannt wird. Es scheint kaum bemerkt werden zu dürfen, daß der Gesetzgeber bey Festsetzung dieser Uebergabsart keineswegs von dem Principe, das diesem Rechtsinstitute überhaupt zum Grunde liegt, abweiche, sondern auch durch diese symbolische Uebergabe den nähmlichen Zweck erreichen wollte, wie bey der Uebergabe von Hand zu Hand; nur machte ihn die Betrachtung, daß sich nur durch die Uebergabe von Hand zu Hand die obenangedeuteten Zwecke am vollkommensten erreichen lassen, und daß diese nicht in allen Fällen angewendet werden könne, dort bey seinen Forderungen etwas nachsichtiger, und er begnüget sich, wenn jene Zwecke durch diese bloß aushülfsweise Statt findende symbolische Uebergabsart in einem minder vollkommenen Grade erreicht werden.

2) Nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. geschieht diese Uebergabe ein Mahl dadurch, daß die Werkzeuge übergeben werden, durch die der Uebernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen. Solche Werkzeuge sind z. B. die Schlüssel zu einem verschlossenen Behältnisse. — Indem diese Schlüssel übergeben werden, wird der Uebergeber, der Regel nach, außer Stand gesetzt, mit den in dem verschlossenen Behältnisse befindlichen Sachen nach eigener Willkühr zu verfügen, und der Uebernehmer wird dadurch in die Lage gebracht, mit den in dem Behältnisse enthaltenen Sachen nach seiner Willkühr zu disponiren, und sohin werden hiermit die nähmlichen Zwecke, nur in einem geringeren Grade der Sicherheit, erreicht, welche bey der Uebergabe von Hand zu Hand erlangt werden, indem die Möglichkeit der weiteren physischen Einwirkung von Seite des Uebergebers bey der Ueber-

gabe von Hand zu Hand ganz ausgeschlossen wird, was hier nicht der Fall ist, weil es möglich bleibt, daß der Uebergeber noch im Besitze eines solchen Werkzeuges sey, und ihm daher die physische Einwirkung auf die veräußerte Sache trotz dieser Uebergabe immer noch möglich bleibt; was aber der Regel nach wohl nicht anzunehmen ist.

3) Eine andere, im gegenwärtigen §. erwähnte, Art der symbolischen Uebergabe ist, wenn man mit der Sache ein Merkmahl verbindet, wodurch Jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist. Bey dieser Art Uebergabe bleibt freylich der Uebergeber noch immer in der physischen Möglichkeit, über die Sache zu disponiren; allein er wird dadurch doch in der weiteren Veräußerung verhindert, und es werden demselben somit Hindernisse gegen eine Art der Verfügung über die veräußerte Sache gelegt, deren Hintanhaltung der hauptsächlichste Zweck der Uebergabe ist. Denn die Sicherheit des Verkehres fordert vorzüglich nur, daß der Eigenthümer einer Sache verhindert werde, dieselbe an verschiedene Personen zu veräußern; sollte er diese Veräußerung ungeachtet des mit der Sache verbundenen Zeichens ins Werk setzen, so hätte derjenige, an den diese Sache veräußert wurde, es sich lediglich selbst zuzuschreiben, wenn er sie demjenigen abtreten müßte, dem sie früher auf diese Art symbolisch tradirt wurde.

4) Eine dritte Art dieser Uebergabe ist, wenn die Urkunden übergeben werden, wodurch das Eigenthum dargethan wird, welches vorzüglich bey Schuldforderungen der Fall ist. Welche Urkunden sind aber diese? Soll durch dieselben das Eigenthum des Uebergebers oder des Uebernehmers dargethan werden? — Viele sind der Meinung, daß unter diesen Urkunden diejenigen zu verstehen seyen, welche über das zwischen dem Uebergeber und dem Uebernehmer eingegangene Rechtsgeschäft errichtet zu werden pflegen, z. B. die Cession, wodurch die Schuldforderung abgetreten wird. Zur Begründung dieser Meinung wird angeführt:

a. Man müsse zwischen Beweis (Zeichen) der Forderung, und zwischen Zeichen der Uebergabe unterscheiden. Zu einer Uebergabe mittelst Zeichen müssen wirkliche, besondere Zeichen vor-

handen seyn, welche die körperliche Uebergabe vertreten. Dieses könne nun nicht mit jenen Urkunden geschehen, welche das Eigenthum des Uebergebers an der Forderung darthun, denn diese seyen an und für sich kein Zeichen der Uebergabe, sondern nur ein Beweis (Zeichen im weiteren Sinne) der Forderung.

b. Die Paciscenten haben den gemeinsamen Willen, daß das bisher als Eigenthum des Uebergebers erscheinende Eigenthum nun als Eigenthum des Uebernehmers sich darstellen solle. Dieses geschehe aber dann, wenn die als Zeichen der Uebergabe auszuhändigende Urkunde dahin laute, daß die übertragene Sache von nun an als Eigenthum des Uebernehmers gelten solle. Das deutliche Erkennen des Ueberlassens sey der Grund aller positiven Gesetze, welche zum Eigenthumserwerbe die Uebergabe verlangen. Ist die körperliche Sache von Hand zu Hand übergeben, so entstehe ein neuer Besitz, welcher die Uebergabe deutlich beurkundet. Ist die körperliche Uebergabe nicht möglich, so müssen Zeichen gewählt werden, woraus die geschehene Uebergabe erkennbar wird. — Nun führen aber bloß die Urkunden, woraus erhellet, daß das Eigenthum dem Uebernehmer überlassen worden ist, eine solche Sprache, daß Jedermann erkennen kann, die Sache sey überlassen worden. Was insbesondere die Schuldforderungen anbelange, so ergebe sich

c. aus dem Inhalte des §. 1393, daß die Uebergabe des Schuldscheins, der Regel nach, zur Uebergabe der Forderung selbst nicht genügen könne, weil dieser §. vorschreibt, daß Schuldscheine, die auf den Ueberbringer lauten, durch die bloße Uebergabe abgetreten werden, und nebst dem Besitze keines anderen Beweises der Abtretung bedürfen, woraus e contrario folge, daß bey Schuldscheinen, die auf den bestimmten Nahmen eines Gläubigers geschrieben sind, die Uebergabe derselben zur Uebertragung des Eigenthums der Forderung an den Cessionär nicht genüge, sondern hierzu noch die Einhändigung einer Cessionsurkunde gehöre. Endlich

d. würde aus der gegentheiligen Behauptung, daß nähmlich zur Uebertragung einer Forderung die Aushändigung des Schuld-

scheines erforderlich sey, folgen, daß Schuldforderungen, über welche keine Schulddocumente bestehen, unveräußerlich seyen; was gewiß Niemand zu behaupten wagen wird.

Allein diese Gründe sind, nach meiner Ansicht, nicht hinreichend, die angeführte Meinung zu rechtfertigen. Denn

a. steht weder ein ausdrückliches Gesetz, noch die Natur der Sache der Behauptung entgegen, daß das Beweismittel der Forderung als Zeichen der Uebergabe dienen könne, wenn dasselbe dem Uebernehmer eingehändiget wird. Eben die beweismachende Urkunde über das Bestehen der Forderung überhaupt, ist das sinnliche Werkzeug, durch welches die Forderung auf eine in die Sinne fallende Art dargestellt wird; — sie stellt gleichsam die Forderung vor, — und indem sie dem Andern eingehändiget wird, wird dadurch die Forderung selbst auf eine symbolische Art demselben übergeben. — So wie die Innehabung der körperlichen Sache, der Regel nach, mit dem Eigenthumsrechte auf dieselbe verbunden ist, so ist auch die Innehabung jener Urkunden, wodurch die Forderung selbst dargestellt wird, mit dem Eigenthume dieser Forderung gewöhnlich in Verbindung. — Wenn wir denjenigen, welcher eine Sache in seiner Macht und Gewahrsame hat, für den Eigenthümer desselben zu halten geneigt sind, so vermuthen wir gleichfalls mit Recht, daß derjenige, welcher die beweismachenden Urkunden einer Forderung in Händen hat, Eigenthümer der Forderung selbst sey.

b. Allerdings ist das deutliche Erkennen des Ueberlassens der Grund aller positiven Gesetze, welche zum Eigenthumserwerbe die Uebergabe verlangen. Aber was ist denn das weitere Ziel dieses Erkennens? — Damit diejenigen, welche die Sache an sich zu bringen gedenken, und die sich ohne eine äußere, in die Sinne fallende Handlung, wodurch die weitere Eigenthumsübertragung offenbar wird, dießfalls ganz natürlich an den früheren Eigenthümer wenden würden, in die Kenntniß gelangen, daß eine Eigenthumsübertragung von seiner Seite nicht mehr ausgehen könne, und damit sie zugleich erfahren, wer gegenwärtig Fug und Macht dazu habe. — So lange nun

der Gläubiger die Schuldscheine, die auf seinen Nahmen lauten, in Händen hat, wird demjenigen, der sie ihm abzulösen gedenket, der Regel nach nicht offenbar, daß die Forderung bereits an jemanden Andern abgetreten worden ist; die dem Dritten ausgestellte Cession, von der er keine Kenntniß hat, wenn sie ihm nicht zufällig bekannt wird, führt keine solche Sprache, daß ihm daraus bekannt würde, es sey der Eigenthümer der Schuldscheine nicht mehr befugt, ihm dieselben zu cediren. — Richtig ist es zwar, daß diese Cessionsurkunden gegen denjenigen, dem das Eigenthum weiters abgetreten werden soll, eine deutlichere Sprache führen, als die bloßen, in den Händen des gegenwärtigen Eigenthümers befindlichen Schuldscheine, welche auch auf eine andere Art und Weise, als in Folge der Abtretung der Forderung, in dessen Hände gekommen seyn könnten. Allein hätte der höchste Gesetzgeber bey der Bestimmung, daß zur Eigenthumsübertragung eine Uebergabe erforderlich sey, — diejenigen Personen vor Augen gehabt, an die der neue Eigenthümer die Sache weiters überlassen will, so hätte er gerade die Uebergabe durch Urkunden, im Sinne der Gegner, als die vollkommnere, als Regel aufstellen müssen. — Denn die körperliche Uebergabe gibt demjenigen, der sie von dem letzten Erwerber an sich zu bringen gedenket, kein so deutliches Zeichen, das diesem das Eigenthum derselben überlassen worden ist, als selbe durch die Kaufs-, Schenkungs-, Tauschurkunde u. s. w. erhellet; aber sie setzt denjenigen, welcher das Eigenthum bereits abgetreten hat, in die Unmöglichkeit, mit derselben weiters zu disponiren, und zeigt demjenigen, welcher außerdem die Sache von ihm an sich gebracht hätte, deutlich an, daß er hierzu nicht Fug und Macht habe.

c. Hier wird aus dem §. 1393 e contrario zu viel gefolgert. Aus diesem §. folgt im Gegensatze nur so viel, daß Schuldforderungen, worüber Schuldurkunden errichtet sind, die auf den Nahmen eines bestimmten Gläubigers lauten, durch die bloße Uebergabe der Schuldbriefe nicht abgetreten werden, sondern hierzu die Willensäußerung des Uebergebers, daß diese

Schuldforderungen ein Eigenthum des Uebernehmers seyn sollen (Cession), hinzu treten müsse; daß aber, um das Eigenthum dieser Schuldforderung zu erwerben, eine ordentliche Cessionsurkunde übergeben werden müsse, liegt im Gegensatze des §. 1393 keineswegs. — Es ist allerdings richtig, daß die bloße Uebergabe des über die cedirte Forderung bestehenden Schulddocumentes zum Zwecke der Eigenthumsübertragung nicht genüge, indem zur Uebertragung des Eigenthums Titel und Uebergabe gehören. Diesem steht aber nicht entgegen, daß die Einhändigung der Schulddocumente nicht dieses zweyte Erforderniß zur Eigenthumserwerbung ersetzen könne. — Dadurch, daß ich erweise, Jemand habe mir seine Sackuhr übergeben, habe ich noch keineswegs mein Eigenthum dargethan; denn es ist ja eben so leicht möglich, daß er sie mir geliehen, zur Verwahrung anvertraut, oder als ein Pfand eingehändiget habe; eben so wenig habe ich das Eigenthum einer Forderung schon dadurch erwiesen, wenn ich zeige, daß mir das hierüber ausgestellte Schulddocument übergeben wurde. Darin liegt also der Unterschied, warum Schuldscheine, die auf den Ueberbringer lauten, schon durch bloße Uebergabe abgetreten werden, was bey Schuldscheinen, die auf bestimmte Nahmen lauten, der Fall nicht ist; weil im ersteren Falle derjenige, der diese Schuldurkunde in Händen hat, als der wahre Gläubiger bezeichnet wird, und daher außer dem Besitze keines anderen Beweises der Abtretung bedarf; wogegen im letzteren noch der vorige Eigenthümer in dem Schuldscheine angeführt ist, daher der Cessionär, außer dem Besitze des Schuldscheines, noch besonders den Titel der Abtretung zu erweisen hat, um als Eigenthümer der Forderung angesehen werden zu können. — Richtig ist es zwar, daß der Cessionär, mit der Schuldurkunde allein in Händen, über die ihm übertragene Forderung noch nicht vollkommen als Eigenthümer disponiren könne; — allein daraus folgt nicht, daß er aus dieser Ursache auch kein vollkommener Eigenthümer derselben sey. Mit dem Rechte des Eigenthümers, jeden Anderen von dem Besitze auszuschließen (§. 364), ist auch das Recht verbunden, seine ihm vor-

enthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigenthumsklage gerichtlich zu fordern. Dieses Recht wird er kaum in Ausführung bringen können, wenn ihm derjenige, der ihm das Eigenthum der Sache überlassen hat, nicht auch jene Beweismittel in die Hände liefert, wodurch er darzuthun im Stande ist, daß ihm die Sache von dem wahren Eigenthümer überlassen worden sey. Gehört nun aber deßwegen die Aushändigung dieser Documente zur Uebergabe? — und kann er wohl die überlassene Forderung vollkommen als Eigenthümer benützen, wenn ihm nicht auch die das Forderungsrecht begründenten Urkunden mit übergeben werden? Endlich

d. ist bey Forderungen, worüber gar keine Schulddocumente bestehen, keine eigentliche Uebergabe erforderlich. — Um diese Behauptung zu rechtfertigen, unterscheide ich die Rechtsverhältnisse, welche durch die Uebertragung der Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner, von denen, welche in Bezug auf dritte Personen entstehen. Durch den Abtretungsvertrag entsteht vor Allem zwischen dem Ueberträger und Uebernehmer (Cedent und Cessionär) ein bestimmtes Rechtsverhältniß, welches durch den abgeschlossenen Vertrag eo ipso zu Stande kommt, und wozu es weder einer wirklichen noch symbolischen Uebergabe bedarf. — Nur wenn die Cession unentgeldlich geschähe, so, daß sie eine Schenkung begründete, dann müßte dem Cessionär eine schriftliche Urkunde übergeben werden; allein dieses aus einem andern Grunde als dem, auf welchem die gesetzlichen Anordnungen, die zur Eigenthumserwerbung eine Uebergabe fordern, beruhen. — Das Rechtsverhältniß des Cessus zum Cedenten sowohl als Cessionär wird gleichfalls nicht geändert, ob über das Cessionsgeschäft eine schriftliche Urkunde errichtet, und dem Cessionär eingehändigt worden ist oder nicht. Bey ihm kömmt es lediglich auf den Umstand an, ob ihm der Cessionär bekannt gemacht worden ist oder nicht; im ersterem Falle ist er nicht mehr berechtiget, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden; wohl aber im zweyten. Ob über das Cessionsgeschäft eine schriftliche Urkunde errichtet worden ist, oder nicht, macht hier keinen

Unterschied. — Nun komme ich auf das Verhältniß zweyer Cessionäre gegen einander. Hat nähmlich der Gläubiger seine Forderung zweyen Personen abgetreten, so kömmt es gleichfalls darauf an, ob der Schuldner von dem einen oder andern Cessionsgeschäft in Kenntniß gesetzt worden ist oder nicht. — Im letzteren Falle erlangten beyde Cessionärs nur ein persönliches Recht, von dem Cedenten zu fordern, daß er den Schuldner anweise, seine Schuld, anstatt an ihn (Cedenten), an sie (Cessionäre) zu bezahlen; da aber der Schuldner nur verbindlich gemacht werden kann, Einen zu bezahlen, so muß derjenige den Vorrang behaupten, dem die Forderung früher abgetreten worden ist, weil der spätere Cessionär kein Recht haben kann, den Gläubiger gleichsam zur Fortsetzung seines widerrechtlichen Actes dadurch zu zwingen, daß er ihn verhalte, den Schuldner zur Zahlung an *ihn*, und nicht an denjenigen, der früher dieses persönliche Recht erworben hat, anzuweisen. Hat der Gläubiger beyden Cessionären Cessionsurkunden eingehändigt, so wird es darauf ankommen, wer aus beyden seine Cessionsurkunde früher dem Schuldner producirt hat; denn in dem Augenblicke, als dem Schuldner der Uebernehmer bekannt gemacht wird, was durch die Production der Cessionsurkunde geschieht, entsteht für ihn die Verbindlichkeit, den ihm bekannt gewordenen Cessionär zu bezahlen, welche durch Producirung der früher ausgestellten Cessionsurkunde nicht wieder aufgehoben wird. — Man sieht also aus dem Gesagten (dessen weitläufigere Erörterung jedoch der Erklärung des Cessionsgeschäftes vorbehalten bleiben muß), daß hier nur derjenige als Eigenthümer der cedirten Forderung anzusehen sey, welcher dem Schuldner früher bekannt geworden ist, sohin die Aushändigung einer Cessionsurkunde an den Uebernehmer letzteren wohl in die Lage setze, den Schuldner hievon in Kenntniß zu setzen, daß er aber, so lange dieses nicht geschehen ist, nur ein persönliches Recht gegen den Cedenten, aber noch kein Recht gegen den Cessus, geschweige gegen einen Dritten erlangt habe (§§. 1395 — 1396), und daß daher in dem Falle, als der Gläubiger die Forderung bloß mündlich einem Dritten ce-

diret, und hiervon den Schuldner früher verständiget hätte, als der andere Cessionär seine Cessionsurkunde dem Schuldner vorgewiesen hat, dieser letztere Cessionär, trotz der eingehändigten Cessionsurkunde, das Kürzere ziehen müßte. —

Nachdem ich nun die für die Gegenbehauptung angeführten Gründe gewürdiget habe, will ich nur noch Einiges zur Begründung meiner Behauptung anführen.

Der §. 380 sagt: „daß ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kein Eigenthum erlangt werden könne." Es muß sohin derjenige, welcher das Eigenthumsrecht auf eine Sache anspricht, sowohl den Titel auf dieselbe, als die rechtliche Erwerbungsart derselben darthun. So würde es z. B. zur Begründung der Eigenthumsklage nicht genügen, wenn der Kläger den um die angesprochene Sache mit dem Eigenthümer abgeschlossenen Kaufscontract vorwiese, sondern er müßte überdieß noch darthun, daß ihm die angesprochene Sache auch wirklich in seinen Besitz überlassen worden sey. Sollte also eine Urkunde an und für sich ein Eigenthum darthun, so müßte dieselbe nicht nur den Beweis des erlangten Titels, sondern auch der wirklichen Erwerbungsart enthalten. Da nun, nach gegenwärtigem §., der Uebernehmer erst durch die Einhändigung der Urkunde die Sache, zu der er bereits einen Titel hat, als Eigenthum erwirbt, so hätte bey dem Bestande der gegentheiligen Meinung der Gesetzgeber keinen passenden Ausdruck gewählt, da er sagt: „Urkunden, wodurch das Eigenthum dargethan wird," sondern er würde sich nach seiner Sprache richtiger ausgedrückt haben, wenn er gesagt hätte: „wodurch der Titel zum Eigenthum dargethan wird." Versteht man aber unter dem Eigenthume das des Uebergebers, so hat sich der höchste Gesetzgeber auch hier ganz sprachrichtig ausgedrückt; — denn derjenige, welcher ohnehin im Besitze einer Sache ist, bedarf des Beweises einer Uebergabe nicht, indem das Resultat derselben factisch vor Augen liegt; sondern er hat, um das Eigenthum einer in seinem Besitze befindlichen Sache zu erweisen, lediglich darzuthun, daß ihm der gesetzliche Titel hierzu zukomme. So ist es genug, wenn der Besitzer einer Sache, welche von einem Anderen als sein Eigenthum angesprochen wird,

darthut, daß er dieselbe Jemanden abgekauft habe, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche übergeben hat, ohne daß er zugleich zu erweisen hätte, die Sache sey ihm auch übergeben worden; welches Factum allerdings dem Kläger zu beweisen obliegen würde, wenn er auf diesen Rechtsgrund seine Klage anbrächte. Also nur von dem Besitzer einer Sache kann man sagen, daß er durch eine Urkunde, die den Titel des Eigenthums enthält, das Eigenthum derselben darthue, darum kann auch offenbar im gegenwärtigen §. der Ausdruck: „wodurch das Eigenthum dargethan wird," nur von dem Uebergeber verstanden werden. Zu allem diesen kömmt schließlich noch hinzu, daß ein Eigenthum nur das des Eigenthümers seyn könne, und daß daher, wenn in einer Stelle der Ausdruck „Eigenthümer und Eigenthum" erscheint, letzteres in Beziehung auf ersteren genommen werden müsse. Dieser Grundsatz ist vollkommen auf den gegenwärtigen §. anwendbar, und da unter dem Eigenthümer hier der Uebergeber verstanden wird, so geht auch aus dem Wortlaute des Gesetzes klar hervor, daß in dieser Gesetzesstelle der Ausdruck „Eigenthum" nur für das Eigenthum des Uebergebers, und keineswegs des Uebernehmers erklärt werden müsse. Weil aber der Schuldner, so lange ihm der Uebernehmer nicht bekannt wird, berechtiget ist, den ersten Gläubiger zu bezahlen, so ist es zur Sicherung des Eigenthumsrechtes des Cessionärs nöthig, daß der Schuldner von der Veräußerung und Uebertragung des Eigenthumsrechtes in Kenntniß gesetzt werde (§. 1395); es scheint aber zu genügen, daß der neue Eigenthümer der Forderung den Schuldner davon, unter Producirung des ihm übergebenen Schuldbdocumentes, benachrichtige.

5) Es wäre ein Irrthum, wenn man glauben würde, daß dem Veräußerer einer solchen beweglichen Sache, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zuläßt, die Auswahl aus den in diesem §. angeführten Uebergabsarten ganz frey stehe, sondern das Gesetz will, daß die Uebergabsart nach der Beschaffenheit und Natur der zu übergebenden Sache gewählt werde. Auch will das Gesetz den Uebergeber nicht gerade auf die angeführten Uebergabsarten beschränken, sondern er kann sich eine

andere, der Beschaffenheit der zu übergebenden Sache mehr angemessene Uebergabsart wählen, wenn sie dem Zwecke der Uebergabe eben so entspricht, wie die in dem §. ausdrücklich von dem Gesetzgeber aufgeführten Uebergabsarten [1]).

6) Das Gesetz gestattet die Uebergabe durch Zeichen nur bey denjenigen beweglichen Sachen, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Uebergabe zulassen, und somit kann, meines Erachtens, eine Collision zwischen der körperlichen Uebergabe und der Uebergabe durch Zeichen nicht leicht Platz greifen; denn wo eine körperliche Uebergabe vor sich gehen kann, kann wenigstens, der Regel nach, eine symbolische deren Stelle nicht vertreten. — Diese Uebergabsart tritt insbesondere bey Gesammtsachen ein. — In Ansehung der Wirkung der symbolischen Uebergabe, in Bezug auf Gesammtsachen, muß man nun unterscheiden, ob die Gesammtsache eine solche sey, deren einzelne Theile auf den Wechsel berechnet sind oder nicht (§. 302). Im ersteren Falle kann die symbolische Uebergabe ihre Wirkung nur auf das Ganze als solches, nicht aber auf die einzelnen Theile äußern, eben darum, weil diese auf den Wechsel berechnet sind; dagegen werden durch die symbolische Uebergabe einer Gesammtsache der anderen Gattung alle einzelnen darunter begriffenen Sachen afficiret. Bey Erläuterung des §. 452 wird hiervon etwas umständlicher gesprochen werden.

§. 428.

c) Uebergabe durch Erklärung.

Durch Erklärung wird die Sache übergeben, wenn der Veräußerer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, daß er die Sache künftig im Nahmen des Uebernehmers inne habe, oder daß der Uebernehmer die Sache, welche er bisher ohne ein dingliches Recht inne hatte, künftig aus einem dinglichen Rechte besitzen solle.

---

1) Vergl. Zeiller's Commentar zu §. 423, Nr. 2.

1) Die dritte Art der Uebergabe, welche man die Uebergabe in der Kürze (brevi manu) nennt, besteht in einer Fortsetzung der Inhabung, zu welcher die erweisliche Erklärung hinzutritt, daß man die Sache, die man bisher im fremden Nahmen inne hatte, künftig als Eigenthümer besitzen, oder umgekehrt jene, die man bisher eigenthümlich besaß, künftig bloß inne haben soll. Diese Erklärung muß ganz natürlich von Demjenigen ausgehen, welcher das Eigenthum einer Sache an den Anderen übertragen will; denn obschon man nicht eigenmächtig den Titel der Innehabung in einen Besitztitel abändern darf, so kann man ihn doch mit Einwilligung des Eigenthümers verändern, oder man kann auch das Besitzrecht aufgeben, und die Sache künftig bloß im Nahmen eines Anderen inne zu haben fortfahren (§. 319) [1]).

2) Im ersten Falle, wo der Uebernehmer sich ohnehin bereits in einem solchen äußerlichen Verhältnisse zur Sache befindet, in welches er durch die körperliche Uebergabe von Hand zu Hand gesetzt werden soll (§. 426), wie z. B. der Entlehner, Miether, Verwahrer, kann es gar keinem Anstand unterliegen, daß durch die bloße Erklärung des Eigenthümers: „der Uebernehmer soll die Sache, welche er bisher ohne ein dingliches Recht inne hatte, künftig als Eigenthum besitzen" (welcher Erklärung jedoch ganz natürlich auch die Einwilligung des Uebernehmers, wenn sie nicht schon vorausgegangen ist, noch hinzu treten muß), die Uebergabe vollzogen werde. Denn der Uebernehmer tritt dadurch in den rechtmäßigen Besitz der Sache, indem er selbe mit dem Willen, sie als die seinige zu behalten, inne hat, mit welchem Willen des Uebernehmers auch der Wille des früheren Besitzers übereinstimmt. Zudem ist hier bemerkenswerth, daß ein Dritter, der früher keine Kenntniß davon hatte, daß die Sache von dem Eigenthümer dem Inhaber nur in Folge eines Leih-, Mieth- oder Verwahrungsvertrages eingehändiget war, den letzteren ohnehin als wahren Eigenthümer anzusehen berechtiget war, und in so fern er die Sache auf eine entgeldliche Art von diesem an sich gebracht hätte, durch dieses Factum selbst Eigenthümer geworden wäre (§. 367).

1) Siehe Zeiller's Commentar zu diesem §.

3) Im zweyten Falle erklärt der Uebergeber, daß er eine bisher eigenthümlich besessene Sache mit Einstimmung des Anderen (es sey durch einen einseitig oder zweyseitig verbindlichen Vertrag, welchen man überhaupt constitutum possessorium heißt) in dessen Nahmen inne haben wolle. — Die Erklärung kann, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, ausdrücklich mit Worten, insbesondere mittelst einer Urkunde, oder auch stillschweigend, nähmlich durch solche Handlungen geschehen, welche, nach Ueberlegung aller Umstände, keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen (§. 863). Zu bemerken ist hier, daß in diesem Falle eine zweyfache Uebergabe unter Einem vor sich gehe; es ist nähmlich eben so viel, als wenn der vorige Eigenthümer die Sache an den neuen von Hand zu Hand übergebe, und dieser sodann selbe wieder an jenen mit der Weisung tradire, daß er sie in des Uebernehmers Nahmen inne haben soll. Es müssen sohin auch bey dieser Uebergabe die nähmlichen Rechtsfolgen eintreten, als wenn sie wirklich auf vorbezeichnete körperliche Art vor sich gegangen wäre; woraus ich die Folgerung ziehe, daß, wenn in der Folge der frühere Eigenthümer das Eigenthum der Sache an einen Dritten übertragen hätte, dieser, nach §. 367, auch wirklich das Eigenthum der Sache erlangt hätte.

4) Die Stellung dieses §. zeigt deutlich, daß hier nur von beweglichen Sachen die Rede seyn könne; unbewegliche Sachen können auf keine andere Weise, als wie in dem §. 431 vorkömmt, an Jemanden übertragen werden. — Auch zeigt der Inhalt des §., daß nur eine solche Uebergabe gemeint seyn könne, welche, der Regel nach, die physische Innehabung der Sache zur Folge hat, welches gleichfalls nur bey beweglichen Sachen Statt hat.

§. 429.

Folge, in Rücksicht der übersendeten Sachen.

In der Regel werden überschickte Sachen erst dann für übergeben gehalten, wenn sie der Uebernehmer erhält; es wäre denn, daß dieser die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte.

1) Die Vorschrift des gegenwärtigen §., daß überschickte Sachen erst dann für übergeben gehalten werden, wenn sie der Uebernehmer erhält, ist eine natürliche Folgerung aus den obigen, in Ansehung der Uebergabe überhaupt vorkommenden gesetzlichen Bestimmungen. Um jedoch jeden Zweifel zu entfernen, hat sie der höchste Gesetzgeber im gegenwärtigen §. ausdrücklich ausgesprochen, zugleich aber auch die Ausnahme von dieser Regel angefügt.

2) Wenn derjenige, welchem die Sache zu übersenden ist, die Person, oder, was auf das Nähmliche hinausläuft, die Uebersendungsart oder Anstalt bestimmt, oder für alle oder mehrere ähnliche Fälle im Voraus genehmiget hat, so ist, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, diese einzelne, oder der Gattung nach bestimmte Person als sein Bevollmächtigter oder Repräsentant zu betrachten, und die körperliche Uebergabe an ihn vollzogen. Jedoch muß bey der Beurtheilung der Frage: ob in einem speziellen Falle die Uebersendungsart wirklich als genehmigt angesehen werden könne oder nicht? vorsichtig zu Werke gegangen werden. Denn eben darum, weil die Regel gilt, daß überschickte Sachen nur dann für übergeben gehalten werden, wenn sie der Uebernehmer erhält, und daher auch bis dahin der Uebergeber die Gefahr zu tragen hat, kann es dem Uebernehmer oft ganz gleichgültig seyn, ob der Uebergeber diese oder jene Ueberschickungsart wähle. — Es muß also bey Beurtheilung der Handlungsweise, auf welche die Genehmigung sich gründen soll, sorgfältig unterschieden werden, ob der Uebernehmer dadurch nur die Gleichgültigkeit ausdrücken wollte, oder ob er positiv seine Billigung äußerte.

§. 430.

Folge, in Rücksicht der an Mehrere veräußerten Sachen.

Hat ein Eigenthümer eben dieselbe bewegliche Sache an zwey verschiedene Personen, an eine mit, an die andere ohne Uebergabe veräußert, so gebührt sie derjenigen, welcher sie zuerst übergeben worden ist; doch hat der Eigenthümer dem verletzten Theile zu haften.

1) Da zur Erwerbung des Eigenthums der Titel allein nicht hinreicht, sondern hierzu auch die Uebergabe erforderlich ist, und da der mit einem gesetzmäßigen Titel bereits versehene Uebernehmer durch die Uebergabe der Sache das Eigenthum derselben erwirbt, so folgt daraus ganz natürlich, daß in dem Falle, als der Eigenthümer seine Sache an zwey verschiedene Personen veräußert, und nur einer aus diesen dieselbe übergeben hat, dieser das Eigenthumsrecht auf dieselbe gebühre, und zwar ohne Unterschied, ob der Act, wodurch ihm der Titel zum Eigenthumsrechte eingeräumt, dem Acte, wodurch dem Anderen das gleiche Recht übertragen wurde, vorhergegangen oder erst nachgefolgt sey.

2) Es entsteht jedoch die Frage: ob dem Uebernehmer in einem solchen Falle auch dann das Eigenthumsrecht auf die Sache zustehe, wenn ihm die früheren Vertragsrechte eines Dritten bekannt waren, und ob daher die hier ausgesprochene Vorschrift nicht auf den Fall beschränkt sey, wenn der Uebernehmer von den früheren Vertragsrechten des Dritten keine Kenntniß hatte? — Für die bejahende Beantwortung der letzten Frage hat sich Herr Professor Schuster entschieden, und zur Begründung derselben sehr scharfsinnige und gewichtige Gründe aufgeführt, die im Wesentlichen in Folgendem bestehen [1]): Der Grund, warum der österreichische Gesetzgeber anordnete, daß durch einen bloßen Vertrag ein dingliches Recht nicht erworben werde, sondern die Uebergabe hinzutreten müsse, liegt in der Sorgfalt für die Sicherheit des Eigenthums und der Lebendigkeit des Verkehres, welche gefährdet und respective gehemmet würde, wenn der Vertrag ohne Uebergabe zur Erwerbung eines dinglichen Rechtes hinreichte. Der Gesetzgeber mußte um ein Rechtsmittel besorgt seyn, wodurch der vorsichtige und redliche Staatsbürger in die Lage gesetzt wird, sich bey Erwerbung eines dinglichen Rechtes gegen jeden nicht ersichtlichen und schwer zu erforschenden Anspruch eines Dritten sicher zu stellen. Dieses Mittel liege nun in der

1) Siehe dessen Abhandlung über die von dem Eigenthümer vorgenommene Veräußerung einer Sache an zwey verschiedene Personen, und den Vorzug unter denselben, in des Herrn Vicepräsidenten Ritter v. Pratobevera's Materialien, 6. B., S. 220 — 262.

Ausmittelung eines Wahrzeichens, wodurch es Jedermann in die Augen fällt, wem das Eigenthumsrecht zukomme. — Dieses Wahrzeichen liege aber in dem Besitze, und es ist daher eine zweckmäßige Einrichtung, den Besitzer einer Sache so lange als ihren Eigenthümer zu betrachten, bis er die Uebertragung des dinglichen Rechtes an eine dritte Person nicht durch den Act der Besitzüberlassung öffentlich zu erkennen gegeben hat. — Durch diese Einrichtung will sohin der Gesetzgeber dem Vorsichtigen, welcher, ungeachtet seines redlichen Benehmens, gefährdet werden kann, eine ergiebige Maßregel darbiethen, sich gegen erdichtete, und selbst auch wahre, jedoch aus keinem Wahrzeichen ersichtliche Anmaßungen sicher zu stellen. Der Gesetzgeber sey daher auch weit entfernt, diejenigen an diesem Rechtsmittel Antheil nehmen zu lassen, denen die früheren Vertragsrechte eines Dritten bekannt sind, welche also wohl wissen, daß der Uebergeber nur der Verwahrer der in seiner Gewahrsame noch befindlichen Sache sey, in welcher Eigenschaft er doch das für ihn verlorne Eigenthumsrecht an einen Dritten zu überlassen nicht mehr berechtiget seyn kann. Es trete daher die Nothwendigkeit, von der Disposition dieses §. den Fall auszunehmen, ein, wenn dem Uebernehmer die früheren Vertragsrechte eines Dritten bekannt waren. Zur Unterstützung dieser hier nur im Allgemeinen aus dem legislativen Gesichtspuncte begründeten Behauptung dienen:

a. der §. 425, in welchem es heißt, daß das Eigenthum nur durch eine rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden könne. Nun liege offenbar der Uebernahme keine Rechtlichkeit zum Grunde, wenn dem Uebernehmer bekannt ist, daß ihm die Sache, ohne Verletzung der Gerechtsame eines Dritten, nicht mehr überlassen werden könne. Ferner

b. die §§. 367 u. 368, welchen offenbar die Absicht zum Grunde liegt, daß die Vermuthung des Eigenthumsrechtes, welche überhaupt für jeden Besitzer streitet, zur Sicherheit des Verkehres auch dann Platz greifen müsse, wenn sie durch schuldbare Unvorsichtigkeit oder Sorglosigkeit des wirklichen Eigenthümers veranlaßt worden wäre, zugleich aber das Betragen des Uebernehmers schuldlos, offen und auf die öffentliche An-

stalt vertrauend war. — Nun aber befinde sich, im Falle des §. 367, der Eigenthümer, welcher seine Sache, aus was immer für einer Ursache, einer Person anvertraut, die, das Vertrauen verletzend, die Sache unbefugt veräußert, in einem offenbaren Verschulden, weil er dadurch bey der dritten Person, welche die Sache an sich bringt, die rechtliche Vermuthung des dem Inhaber zustehenden Eigenthumsrechtes erwecken mußte, folglich sich auch, als der veranlassenden Ursache, den Verlust seines Eigenthums gefallen lassen muß. Das Gesetz setzt jedoch (§. 368) voraus, daß der Uebernehmer keine Kenntniß von der Nichtberechtigung des Uebergebers erlangt habe. — Diese erwähnten beyden Paragraphe sprechen nun deutlich den Grundsatz aus: daß der Uebernehmer einer, Jemanden anvertrauten und von dieser mittelst Uebergabe veräußerten, beweglichen Sache, nur dann das Eigenthum erwerbe, wenn ihm der Umstand der Anvertrauung unbekannt war. — Wenn aber Jemand aus einem gesetzmäßigen Titel gegen einen Besitzer das unstreitige Recht erlangt hat, auf die Uebergabe der Sache zu dringen, sie aber nicht übernimmt, sondern in den Händen des Besitzers beläßt, so sey ja die Sache gleichfalls in Verwahrung gegeben, zum wenigsten ihm anvertraut worden, weil er das gesammte ihm auf die Sache zustehende Recht auf den Käufer übertragen habe, folglich auch von keinem ihm mehr zustehenden Rechte die Rede seyn könne. Es sey daher auch im gegenwärtigem Falle die offenbare Rechtsidentität der §§. 367 u. 368 nicht zu verkennen, um so mehr als im §. 1061 klar ausgesprochen werde, daß ein Verkäufer, in Ansehung der verkauften und nicht übergebenen Sache, als ein Verwahrer zu behandeln sey.

Indessen scheint diesen Gründen mit Recht entgegen gesetzt werden zu können, daß, wie bey Erläuterung des §. 425 bemerkt worden ist, der Ausdruck „rechtliche Uebergabe und Uebernahme" nur auf die objective äußere Beschaffenheit der Tradition sich beziehe, und daß eine analoge Folgerung aus den §§. 367 u. 368 nicht Statt finden könne, weil die in diesen §§. enthaltenen Anordnungen andere Objecte und Rechtsverhältnisse zum

Gegenstande haben; ferner, daß derjenige, welcher die Sache ohne Uebergabe veräußert hat, nicht als bloßer Verwahrer, sondern als Eigenthümer anzusehen sey. — Nur dann, wenn der Eigenthümer bey der Veräußerung die Erklärung abgegeben hätte, daß er nunmehr die Sache im Nahmen des Uebernehmers inne haben wolle, wodurch aber ebenfalls eine Art Uebergabe (nähmlich durch Erklärung) vor sich gegangen wäre, könnte, wie bey Erläuterung des vorigen §. bemerkt worden ist, das von Herrn Professor Schuster Gesagte in Anwendung kommen. —

Dessenungeachtet bin ich doch im Wesentlichen mit dem Herrn Professor Schuster einverstanden, und behaupte, daß derjenige, welcher eine Sache mit dem Bewußtseyn an sich brachte, daß bereits früher ein Dritter ein vertragsmäßiges Recht hierauf erworben hat, diesem Dritten auf sein Verlangen in Erlangung des Eigenthumsrechtes weichen müsse. Ich glaube meine Behauptung durch den Wortlaut der Gesetze selbst rechtfertigen zu können, ohne daß ich Ursache habe, zu Analogien meine Zuflucht zu nehmen.

Hat Jemand das Eigenthum einer Sache vertragsmäßig an einen Andern (ohne Uebergabe) zu übertragen erklärt, so hat letzterer unstreitig gegen den Ueberträger das Recht erworben, entweder sogleich, oder nach dem im Vertrage bestimmten Zeitpuncte, oder nach dem der erfüllten Bedingung, die Uebergabe der Sache in seinen Besitz zu fordern. Hat der Ueberträger nun die Sache späterhin an einen Dritten veräußert, und demselben diese Sache auch übergeben, so ist nach dem Wortlaute des gegenwärtigen §. der Uebernehmer Eigenthümer dieser Sache geworden, und das Recht des ersteren, auf die Uebergabe der Sache in sein Eigenthum zu dringen, ist ihm dadurch unrealisirbar geworden. Es ist ihm sohin dadurch ein Nachtheil an seinen Rechten zugefügt, oder mit anderen Worten, er ist dadurch beschädigt worden (§. 1293). Nun ist aber Jedermann berechtiget, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welcher dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht, oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden seyn (§. 1295). Als Beschadiger er-

scheint hier zuvörderst der Eigenthümer, der seine gegen den Beschädigten eingegangene Vertragspflicht, ihm die Sache als Eigenthum zu überlassen, übertreten hat. — Darum spricht auch der gegenwärtige §. ganz allgemein aus, daß der Eigenthümer dem verletzten Theile zu haften habe. Allein der §. 1301 sagt, daß für einen widerrechtlich zugefügten Schaden mehrere Personen verantwortlich werden können, indem sie gemeinschaftlich unmittelbarer oder mittelbarer Weise zur Beschädigung beygetragen haben. — Nun ist doch offenbar, daß derjenige, welcher von den früheren Vertragsrechten des Verletzten Wissenschaft hatte, dessenungeachtet aber einen Vertrag einging, und sich in Folge desselben das Eigenthum der Sache übergeben ließ, zu dem dem früheren Contrahenten von Seite des Eigenthümers zugefügten Schaden beygetragen habe und sohin dafür verantwortlich sey. — Der mögliche Einwurf dagegen, daß der zweyte Erwerber, welcher weiß, daß das Eigenthum der Sache noch nicht auf den ersten Contrahenten übergegangen sey, sich bloß seines Rechtes bediene, indem er die Sache sich übergeben läßt (§. 1305), ist nur dann von einigem Gewichte, wenn er den Vertrag in gutem Glauben geschlossen und erst nach geschlossenem Vertrage, aber noch vor der an ihm vollzogenen Uebergabe, in die Kenntniß der früheren Vertragsrechte gekommen ist, nicht aber, wenn er bey Schließung des Veräußerungsvertrages selbst von den früheren Vertragsrechten schon Kenntniß hatte. — In diesem Falle erscheint er sohin, nach dem deutlichen Ausspruche des Gesetzes, als Theilnehmer an der Beschädigung, und da im gesetzten Falle der Schade vorsetzlich zugefügt worden ist, so entsteht hier eine Solidarverpflichtung des Uebergebers und Uebernehmers zur Schadenersatzleistung (§. 1302). Um nun den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß alles in den vorigen Stand zurückgesetzt, oder, wenn dieses nicht thunlich ist, der Schätzungswerth vergütet werden (§. 1323). Ist der Uebergeber allein der Beschädiger, so ist eine Zurücksetzung in den vorigen Stand, (außer der neue Eigenthümer würde sich aus freyem Willen zur Abtretung seines Eigenthumes herbeylassen) nicht möglich; es hat somit der Uebergeber den Verletzten in Geld zu entschädigen.

Erscheint aber auch, wie im vorliegenden Falle, der Uebernehmer als Theilnehmer an der Beschädigung, so steht dem Verletzten ein Klagerecht gegen beyde zu; er kann von beyden die Zurückversetzung in die vorige Lage fordern, und es kann daher auch dieses Recht realisirt werden, ohne in die Rechtssphäre eines Dritten, der an der Beschädigung keine Schuld trägt, einzugreifen. Die Folgerung, die ich aus dem Gesagten ziehe, ist, daß der neue Erwerber, der sich, mit dem Bewußtseyn der früher von einem Anderen erworbenen Vertragsrechte, die Sache übertragen läßt, ein widerrufliches Eigenthumsrecht hierauf erlange, und daher auf Verlangen des früheren Contrahenten diesem sein Recht abtreten, d. i. demselben weichen müsse.

3) Das Gesetz erwähnt hier ausdrücklich nur des Falles, wenn eine Sache an zwey Personen, an eine mit, an die andere ohne Uebergabe veräußert wird; allein es ist aus dem beygefügten Wörtchen „zuerst" zu entnehmen, daß dem Gesetzgeber auch der Fall vor Augen schwebte, wenn die Uebergabe an keine von beyden Personen sogleich geschehen ist; in welchem Falle eben derjenigen der Vorzug gebühret, welche am ersten sich die Sache übergeben läßt. Der Fall, daß eine Sache zu verschiedenen Zeiten an zwey Personen körperlich übergeben werde, ist nicht leicht gedenkbar; es müßte nur seyn, daß der Uebernehmer die Sache späterhin dem Eigenthümer, z. B. zur Verwahrung, wieder zurückstellte, und dieser sie dann dem zweyten Contrahenten übergebe. — Allein in diesem Falle würde dieser, nach §. 367, das Eigenthum erwerben. — Wohl kann es sich aber fügen, daß der Eigenthümer die Sache beyden, dem Einen durch Zeichen, dem Anderen aber körperlich, übergebe. Da das Gesetz die eine Art der Uebergabe wie die andere für eine rechtmäßige erkläret, so kann, nach der vom Herrn Hofrathe v. Zeiller in seinem Commentare ausgesprochenen Meinung, nicht die Art, sondern nur der Zeitpunct der Uebergabe, der den früheren Uebernehmer zum ausschließenden Eigenthümer macht, entscheiden. — Dieses soll durch das Wort „zuerst" im §. zu erkennen gegeben werden. — Allein ich erlaube mir dagegen zu bemerken, daß wenn eine Sache, die bereits einem Anderen symbolisch übergeben wurde, körperlich

übergeben wird, eben durch die letztere Uebergabe factisch dargethan sey, daß die Sache eine solche sey, welche ihrer Beschaffenheit nach eine körperliche Uebergabe zuläßt, und eben dadurch wird die Wirkung der symbolischen Uebergabe, die nur für den Fall die Stelle der körperlichen vertritt, wenn letztere nicht Platz greifen kann, aufgehoben. Nur, wenn die symbolische Uebergabe wirklich von der Art war, daß derjenige, welchem die Sache späterhin körperlich übergeben wurde, deutlich erkennen konnte, daß sie einem Anderen überlassen worden sey, muß, nach meiner Ueberzeugung, der körperliche Uebernehmer aus gleichem Grunde, wie Nr. 2 erwähnt worden ist, dem auf die symbolische Art zur Uebernahme Gelangten weichen.

4) Was ist aber dann Rechtens, wenn eine Sache, die zu verschiedenen Zeitpuncten an zwey verschiedene Personen veräußert worden ist, an beyde zugleich übergeben wird? — Hier ist gleichfalls zu unterscheiden, ob der spätere Erwerber von dem Erwerbungsgeschäft des anderen eine Wissenschaft habe oder nicht. — Im letzteren Falle wird die Sache beyden Theilen als ein gemeinschaftliches Eigenthum zufallen, eben darum, weil nicht der Zeitpunct des abgeschlossenen Vertrages, sondern der der geschehenen Uebergabe den Vorzug gibt, und sohin hier keiner vor dem Andern einen Vorzug behaupten kann. Daß übrigens der Uebergeber dem früheren Erwerber zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens, daß er nicht Alleineigenthümer wurde, verbunden sey, liegt am Tage. — Hat aber der spätere Erwerber bey dem abgeschlossenen Vertrage von den Ansprüchen des anderen Wissenschaft, so ist er, nach den sub 2 angeführten Gründen, gehalten, dem andern Theile das Alleineigenthum der Sache zu überlassen.

5) Die Entschädigung, welche der Uebergeber in dem Falle zu leisten hat, wenn die Zurücksetzung in den vorigen Stand nicht mehr Statt findet, hat nicht nur in der Rückstellung des etwa bereits dafür entrichteten Entgeldes, sondern auch in dem Ersatze des entgangenen Gewinnes zu bestehen, da hier die Rechtsverletzung nicht bloß unter die schuldbaren, sondern unter die absichtlichen gehört (§. 1324). In so fern die Handlung des

Uebergebers eine solche wäre, daß sie in das Gebieth des Strafrechtes fiele, welches z. B. der Fall wäre, wenn der Veräußerer gleich ursprünglich bey dem Veräußerungsacte die Hintergehung des anderen Paciscenten beabsichtet hätte, würde sich der Ersatz des Schadens auch auf den Werth der besonderen Vorliebe ausdehnen.

§. 431.

2) Uebergabe unbeweglicher Sachen mittelst Einverleibung in die öffentlichen Bücher.

Zur Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Sachen muß das Erwerbungsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation).

1) In der Erwägung, daß Grund und Boden nicht so leicht, wie bewegliche Sachen, in physische sichtbare Macht und Gewahrsame gebracht werden kann, und der Besitzer nicht bloß durch das beschwerliche Medium einer wirklichen Uebergabe, sondern durch andere offenliegende Merkmahle Jedermann erkennbar gemacht werden muß; selbst das Factum des physischen Besitzes sich in seiner Fortdauer durch fremde Störung verliere und wieder in Dunkelheit und Ungewißheit gerathe, [1]) — sind die neueren Gesetzgeber auf den Gedanken gerathen, über die Eigenthumsrechte unbeweglicher Sachen öffentliche Bücher zu errichten, aus welchen der jedesmahlige Eigenthümer, und die mit dem Eigenthume vor sich gegangenen Veränderungen ersehen werden können. Der Grund hierzu wurde schon in den ältesten Zeiten durch die in Deutschland eingeführte Gewohnheit gelegt, vermöge welcher zur Erwerbung des Eigenthums von Grundstücken eine Erklärung von Seite des letzten Besitzers vor Gericht (gerichtliche Auflassung, Auffendung, resignatio judicialis) verlangt, und hierüber vom Gerichte, oder dem Obereigenthümer, der Grundobrigkeit, eine schützende Urkunde errichtet und

1) Siehe des Herrn Vicepräsidenten R. v. Pratobevera's Materialien, 2. B., S. 111.

dem neuen Erwerber eingehändigt wurde. — Insbesondere wurden in Oesterreich schon im fünfzehnten Jahrhunderte über adelige oder freye Güter öffentliche Protocolle unter verschiedenen Benennungen (Landtafeln, Weisbothenamtsbücher u. s. w.) eröffnet, in welchen sowohl die Besitzveränderungen als Belastungen, jedoch ohne nähere Normen chronologisch eingetragen wurden. Eine festere Gestalt bekam dieses Institut erst durch die später erlassenen ausdrücklichen Gesetze, wovon bereits bey Erläuterung des §. 321 Erwähnung gemacht worden ist. — Verschiedenen Provinzen, wie Böhmen, Mähren, Schlesien, Gallizien, mangeln jedoch bis nun ausdrückliche Regulative für die Grundbücher der Städte und des flachen Landes, welche fortan nach altem Herkommen geführt werden, und sich der landtäflichen Beobachtung mehr oder weniger nähern.

2) Das Gesetz fordert als wesentliche Bedingung, und nicht bloß zur Erleichterung des Beweises der Uebertragung des Eigenthumes, daß das Erwerbungsgeschäft, oder der Titel (§. 433 — 437) in das dazu bestimmte öffentliche Buch, mithin auch an jener Stelle, wo der Eigenthümer dargestellt werden soll, eingetragen werde. — Es wird sich aber an dieser Stelle nur kurz auf das Erwerbungsgeschäft bezogen; die dasselbe begründende Urkunde aber in dem neben dem Hauptbuche geführten Urkundenbuche wörtlich eingetragen. — Diese Einschreibung, wodurch Jemand sogleich unbedingt als Eigenthümer (oder als Erwerber eines dinglichen Rechtes) erklärt wird, nennt man Einverleibung (Intabulation), zum Unterschiede der bedingten Einschreibung oder Vormerkung (Pränotation), wovon im §. 438 gehandelt werden wird [1]).

3) Hieraus folgt, daß man weder durch einen bloßen Titel, noch durch die von dem Eigenthümer, oder auch bereits von dem Gerichte ertheilte Bewilligung zur Einverleibung, wenn sie auch selbst mit einer körperlichen Uebergabe begleitet wäre, ein Eigenthumsrecht auf eine unbewegliche Sache, sondern nur ein persönliches Recht wider den Ueberträger, und allenfalls wider denjenigen, der an der unterbliebenen Eintragung Schuld trägt,

1) Siehe Zeiller's Commentar zu diesem §., Nr. 1.

erlange [1]). Dieses versteht sich jedoch nur für jene Länder des österreichischen Kaiserstaates, wo solche öffentliche Bücher, sey es in einer vollkommenen oder unvollkommenen Gestalt, eingeführt sind. Im lombardisch-venetianischen Königreiche sind wohl für die Hypotheken, aber nicht auch für die Uebertragung des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte öffentliche Bücher vorhanden; die Uebertragung geschieht also dort bloß durch den Rechtstitel und die physische Uebergabe [2]). Im Salzburgischen, so wie in Tyrol, wird das Eigenthumsrecht in Bezug auf Rusticalgüter durch Eintragung des Erwerbungsgeschäftes in das Gerichtsprotocoll erlangt.

§. 432.

Bedingungen der Einverleibung.

Vor Allem ist zur Einverleibung in das öffentliche Buch nothwendig, daß derjenige, von dem das Eigenthum auf einen Anderen übergehen soll, selbst schon als Eigenthümer einverleibt sey.

1) Die erste Bedingung, daß Jemand als Eigenthümer einer Realität in das öffentliche Buch eingetragen werden könne, ist, daß sein Vormann, d. i. derjenige, von dem das Eigenthum an ihn übergehen soll, bereits selbst schon als Eigenthümer einverleibt sey. Denn Niemand kann an einen Anderen ein Recht übertragen, das er selbst nicht hat; nachdem nun die Einverleibung zur Erwerbung des Eigenthumsrechtes auf unbewegliche Güter nothwendig ist, und der Vormann, eben wegen Mangel dieser Einverleibung, noch nicht Eigenthümer geworden ist, so kann er auch kein Eigenthumsrecht übertragen. Daher bemerkt schon Herr Hofrath v. Zeiller, daß, wenn bey einer schnellen Wiederveräußerung oder Abwechselung der befugten Besitzer der vorige Erwerber noch nicht eingetragen ist, der gegenwärtige Erwerber zuerst Sorge tragen müsse, daß sein unmittelbarer Vormann einverleibt werde. —

1) Siehe Zeiller's Commentar zu diesem §., Nr. 2.
2) Siehe Wagn. Zeitschrift 1829, XI. Heft, S. 271.

2) In der Regel kann die Einverleibung des Eigenthumsrechtes nur auf Ansuchen derjenigen geschehen, denen der Eigenthumsanspruch wirklich zusteht. Denn über eine Anfrage: ob nicht der bey den Gerichtsbehörden des Triester-Gebiethes eingeführte Gebrauch, den Schuldner, auf einseitiges Ansuchen seines Gläubigers, bey unbeweglichen Gütern an die Gewähr zu schreiben, abgestellt werden solle? wurde erwiedert: Dem Gläubiger könne die Gewähranschreibung seines Schuldners bey unbeweglichen Gütern, die in den öffentlichen Büchern als das Eigenthum eines Dritten erscheinen, nur dann bewilliget werden, wenn der Schuldner ihm zur Ueberreichung des Gewähranschreibungsgesuches ausdrückliche Vollmacht ertheilet, und die dazu erforderlichen Originalurkunden übergeben hat [1]). Indessen glaube ich, daß diese Verordnung nicht auch auf den Fall ausgedehnt werden könne, wenn der Vormann, von welchem Jemand die Eigenthumsforderung an sich brachte, vernachlässigte, sich in den öffentlichen Büchern als Eigenthümer anschreiben zu lassen. Denn indem Jemand das Eigenthumsrecht einer unbeweglichen Sache auf einen Andern zu übertragen erkläret, räumt er ihm auch stillschweigend die Befugniß zu allen jenen Handlungen ein, welche gesetzlich nothwendig sind, um das Eigenthumsrecht in Wirksamkeit zu setzen. Man kann doch nicht annehmen, daß Jemand, der nicht Eigenthümer einer Sache seyn will, das Eigenthumsrecht, welches er nur in der Voraussetzung seines Eigenthumsrechtes weiters übertragen kann, einem Dritten abtreten wolle. Der Uebertrager erklärt ja dadurch, daß er sich als Eigenthümer ansehe, und er könnte sohin von dem Uebernehmer mit Zwang angehalten werden, seine Gewähranschreibung zu erwirken, weil er den letzteren in die Lage setzen muß, das ihm übertragene Recht in Ausübung bringen zu können. — Dieses kann bey einem Schuldner nicht behauptet werden. Der Gläubiger kann den Schuldner nicht zwingen, daß er das Eigenthum einer unbeweglichen Sache an sich bringe, damit er seine Pfandrechte hierauf intabuliren lassen könne.

---

1) Hofdecret vom 28. Febr. 1819; J. G. S. Nr. 1543.

3) Die Vorschrift, daß der Ueberträger vorerst als Eigenthümer in den öffentlichen Büchern angeschrieben seyn müsse, ehe der Uebernehmer sich als solchen eintragen lassen könne, leidet jedoch in den Fällen eine Ausnahme, wenn der Ueberträger nicht in eigenem Nahmen, sondern lediglich als Repräsentant desjenigen, der als Eigenthümer eingetragen ist, handelt, und daher in Beziehung für einen Dritten als eine Person mit dem Eigenthümer angesehen wird. Daß daher die Vorschrift des gegenwärtigen §. nicht auf den Machthaber ausgedehnt werden könne, der im Nahmen und in Vollmacht seines Machtgebers das Eigenthum einer unbeweglichen Sache an einen Anderen überträgt, wird gewiß von Niemanden bezweifelt. — Aber auch von den Erben eines Verstorbenen gilt diese Bemerkung, vorausgesetzt, daß ihnen die Erbschaft noch nicht eingeantwortet wurde. Denn nach §. 547 stellt der Erbe, sobald er die Erbschaft angenommen hat, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vor; beyde werden (so wie der Machtgeber und sein Machthaber), in Beziehung für einen Dritten, für eine Person gehalten. Die Erben können daher, auch noch vor gerichtlicher Einantwortung des Verlasses, das in die Verlassenschaft gehörige unbewegliche Gut veräußern, und es ist in diesem Falle eben so viel, als wenn der Erblasser selbst dasselbe hintan gegeben hätte. Ist ihnen aber die Verlassenschaft bereits eingeantwortet, dann müssen sie, nach gegenwärtiger Vorschrift, vorerst ihre eigene Einschreibung als Eigenthümer erwirken, ehe der Uebernehmer sich als Eigenthümer einverleiben lassen kann. — Indessen muß ich hierbey bemerken, daß die hier ausgesprochene Meinung viele Gegner, und auch ausdrückliche einzelne Entscheidungen gegen sich habe [1]). Da aber im Wesentlichen alles auf der Auslegung

1) Siehe: Civilrechtsfall über die Pflicht der Erben, sich und die ihnen erblich angefallene Verlassenschafts-Realität an die Gewähr schreiben zu lassen u. s. w. Vom Herrn Dr. Joh. Heinr. Edlen v. Krammer, k. k. Hofkammer-Procurators-Adjuncten und nied. österr. Unterthans-Advocaten. Wagn. Zeitsch. 1827, VIII. Heft, S. 57 — 82. Es scheint hier sogar durch drey Instanzen einstimmig gegen meine hier ausgesprochene Meinung entschieden worden zu seyn; allein ich halte die bloße Verwerfung des Recurses gegen zwey gleichlautende Erkenntnisse für keine Entscheidung in merito causae.

des §. 547 beruhet, so muß ich mich, in Ansehung der nähern Begründung dieser hier ausgesprochenen Meinung, auf die Erläuterung dieses §. beziehen.

4) Auch hindert die Vorschrift des gegenwärtigen §. denjenigen, welcher durch den mit dem Eigenthümer geschlossenen Vertrag ein persönliches Recht auf die Sache erworben hat, nicht, dasselbe an einen Dritten abzutreten, ohne sich vorher als Eigenthümer in das öffentliche Buch eintragen zu lassen. Denn nicht das Eigenthum der Sache soll hier von dem Cedenten an den Cessionär übertragen werden, sondern nur das persönliche Recht des ersteren auf Uebergabe. — Es ist ein in der Praxis öfters vorkommender Fall, daß der bücherlichen Gewährsanschreibung Hindernisse entgegen stehen, und daher deßhalb der Käufer einer Realität sein Kaufsrecht auf dieselbe intabuliren oder pränotiren läßt. — Auf diese intabulirten Kaufsrechte lassen nun gewöhnlich die Gläubiger des Käufers ihre Forderungen superintabuliren, und wenn sie nach der Verfallzeit nicht befriediget werden, suchen sie um executive Feilbiethung dieser Kaufsrechte an. — Fallen nun die Hindernisse der Gewähranschreibung weg, so gelangt derjenige, an den diese Kaufsrechte übertragen wurden, in Besitz des unbeweglichen Gutes, ohne daß dessen Vormann früher als Eigenthümer angeschrieben worden wäre. — Diese in der Praxis übliche Verfahrungsweise ist auch der Vorschrift dieses §. keineswegs entgegen. — Denn nicht das Eigenthumsrecht, das dem früheren Käufer noch nicht zustand, soll von diesem an den neuen Erwerber übertragen werden, sondern lediglich das demselben zustehende Recht, die Realität der Frage um den bestimmten Preis von dem wahren Eigenthümer an sich zu lösen; dieses Recht ist auch kein bloß der Person anklebendes, sondern auch auf Andere übertragbares Recht, und kann daher, wie jede andere Sache, in Execution gezogen werden. — Welche Erfordernisse aber dazu gehören, damit derjenige, dem ein solches persönliches Sachenrecht übertragen worden ist, die Einverleibung des Eigenthumsrechtes erwirken könne, ohne daß sein Cedent früher als Eigenthümer eingetragen werde, wird bey Erläuterung des §. 435 vorkommen.

§. 433.

Bedingungen bey einer Erwerbung des Eigenthums durch Vertrag.

Zur weiteren Uebertragung vermittelst Vertrages ist es bey Bauerngütern genug, wenn der Uebergeber und Uebernehmer, oder auch nur der Uebergeber allein, vor der Grundobrigkeit erscheint, und die Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes in das öffentliche Buch bewirket.

1) Wie jede Erwerbung des Eigenthums auf dem Titel und der Uebergabe beruhet, und letztere sohin ersteren immer voraussetzt, wenn durch selbe das Eigenthum übertragen werden sollte, so ist dieses insbesondere der Fall, wenn das Eigenthum einer unbeweglichen Sache durch die Eintragung in das öffentliche Buch erworben werden soll. Die Hauptartikel sind: ein Vertrag, letzter Wille, richterlicher Ausspruch und eine unmittelbare Anordnung des Gesetzes (§. 424). Dieser und die folgenden Paragraphe schreiben nun vor, unter welchen Bedingungen die Einverleibung in diesen Fällen geschehen soll.

2) Was nun die Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Güter anbelangt, so muß man unterscheiden, ob diese die Eigenschaft städtischer oder landtäflicher Güter habe, oder in die Cathegorie der Bauerngüter gehören. Bey diesen hat das Gesetz auf die beschränkten Kenntnisse des Landmanns, — die wenige Gelegenheit, die sich ihm darbiethet, einen rechtsverständigen, uneigennützigen Urkundenverfasser aufzufinden, — und seine oft weite Entlegenheit von dem Sitze der Grundbuchsbehörde Rücksicht genommen, und ihm die Bewirkung der grundbüchlichen Anschreibung zu erleichtern getrachtet. Das Gesetz begnüget sich, daß die vertragschließenden Parteyen, oder auch nur der Uebergeber, allein vor der Grundobrigkeit erscheine und die Einverleibung des Erwerbsgeschäftes verlange.

§. 434.

Wenn aber der Uebergeber nicht persönlich erscheint, und in allen städtische oder landtäfliche Güter betreffenden Fällen, muß über das Erwerbungsgeschäft eine schriftliche Urkunde aufgesetzt, und sowohl von den vertragschließenden Theilen, als von zwey glaubwürdigen Männern als Zeugen gefertiget werden.

§. 435.

In einer solchen Urkunde müssen die Personen, welche das Eigenthum übergeben und übernehmen; die Sache, welche übergeben werden soll, mit ihren Gränzen; der Titel der Erwerbung; ferner, der Ort und die Zeit des geschlossenen Geschäftes bestimmt angemerket, und es muß von dem Uebergeber in dieser, oder in einer besonderen Urkunde, die Bewilligung ertheilet werden, daß der Uebernehmer als Eigenthümer einverleibt werden könne.

1) Städtische Güter, welche in den den Magistraten auf dem Lande sowohl als in der Hauptstadt anvertrauten öffentlichen Büchern, oder landtäfliche Güter, welche in der dem Landrechte anvertrauten Landtafel aufgezeichnet sind, können nur vermittelst einer förmlichen Urkunde, welche einverleibt wird, übertragen werden. Dieses ist auch der Fall bey Bauerngütern, wenn der Uebergeber nicht persönlich erscheint.

2) Zur Form einer einverleibungsfähigen (landtafel- oder grundbuchsmäßigen) Urkunde gehören folgende Eigenschaften: a) Müssen darin die Personen aufgeführt seyn, zwischen welchen das Erwerbungsgeschäft geschlossen wird. b) Muß darin die Sache, welche übergeben werden soll, mit ihren Gränzen angegeben werden. Dadurch scheint das Gesetz nur so viel sagen zu wollen, daß die Sache so genau beschrieben seyn müsse, daß über

die Identität derselben kein Zweifel entstehen könne. Was die Landtafel anbelangt, so enthält selbe bey dem Besitzstande lediglich die Benennung der ständischen Realität; die nähere Beschreibung derselben kömmt in dem ständischen Cataster vor. Die Landtafel muß sich dießfalls mit dem ständischen Cataster immer im Einklange befinden. Wenn von einem ständischen Gute ein Theil der unter der Rubrik befindlichen Realitäten abgeschrieben werden soll, so gehört dieses Geschäft vor die Stände des Landes; allein diese haben sich vorläufig mit dem Landrechte, dem die Landtafel untersteht, einzuvernehmen. Haften auf der Rubrik bey der Landtafel keine Verbindlichkeiten, so können die Stände mit der Abschreibung nach Gutdünken vorgehen; jedoch ist für den Fall, als diese Abschreibung in der Benennung und Rubrik des Catasters eine Abänderung nach sich zöge, diese dem Landrechte anzuzeigen, damit auch bey der Landtafel die Rubrik abgeändert und also die Gleichförmigkeit beybehalten werde. Hafteten dagegen bey der Landtafel Verbindlichkeiten, so soll eine Abschreibung nie anders, als nach Vernehmung der Theilnehmer und derselben Einwilligung, vorgenommen werden. c) Muß der Titel der Erwerbung des Eigenthums darin vorkommen, d. i. es muß aus dieser Urkunde ersichtlich seyn, ob der Vertrag eine Schenkung, Kauf, Tausch u. s. w. sey. d) Ist der Ort und die Zeit (Jahr, Monath und Tag) des abgeschlossenen Contractes darin aufzuführen, und e) die Bewilligung des bisherigen Eigenthümers zur Einverleibung des Uebernehmers besonders auszudrücken. Dieses letztere ist vorzüglich darum vorgeschrieben, weil es, ungeachtet des förmlich abgeschlossenen Vertrages zur Uebertragung des Eigenthums, noch an der Erfüllung einer wesentlichen Bedingung, z. B. der vollständigen Bezahlung des Kaufspreises, ermangeln könnte; weßwegen die Bewilligung auch in einer besonderen Urkunde (Auffandungsbrief) ertheilt werden kann. In dieser Auffandung besteht eigentlich der Act der Uebergabe bey unbeweglichen Sachen, — nach welcher dann von Seite des Uebernehmers durch das zu stellende Gesuch um Einverleibung, die Uebernahme realisiret wird. Endlich f) gehört zur wesentlichen Form, daß die über das Erwerbungsgeschäft errichtete Urkunde, wenn sie zur Einverleibung

geeignet seyn soll, sowohl von den vertragschließenden Theilen, als auch von zwey glaubwürdigen Männern (denen kein Hinderniß, die Wahrheit bezeugen zu können und bezeugen zu wollen, entgegensteht) unterschrieben sey. — Ist die Auffandung in einer besonderen Urkunde ertheilt worden, so genügt die Unterschrift des Uebergebers und der beyden Zeugen. In dem Falle, als die Urkunde in einer fremden Provinz ausgestellt wäre, müßte die Unterschrift des Ausstellers auch noch gerichtlich legalisiret werden [1]).

3) Da die Landtafel oder Grundbuchsbehörde die Eigenschaft der Zeugen, ob selbe bedenklich oder selbst auch verwerflich seyen, Amteswegen zu wissen nicht verpflichtet, und überhaupt selten in der Lage ist, diese Eigenschaften zu kennen, so kann auch dieselbe in eine Beurtheilung der Eigenschaften der Zeugen nicht eingehen. Nur in dem seltenen Falle, daß der Zeuge sich selbst bey seiner Unterschrift mit einer solchen Eigenschaft bezeichnen würde, welche ihn verwerflich oder auch nur bedenklich machte, scheint die Behörde ein solches Einverleibungsgesuch hintan weisen zu können. Doch wird demjenigen, gegen welchen auf den Grund einer Urkunde, die von verwerflichen oder bedenklichen Zeugen unterfertiget ist, eine Einverleibung erwirkt worden ist, das Recht zustehen, mit Darthuung der die Glaubwürdigkeit der Zeugen verdächtig machenden Umstände die Gültigkeit der Einverleibung mittelst einer ordentlichen Klage zu bestreiten, und in selber die Löschung derselben zu begehren.

4) Jede Verordnung, wodurch eine landtäfliche oder grundbücherliche Einverleibung (Intabulirung), eine Besitz- oder Gewähranschreibung, eine Löschung (Extabulirung) auf eine Privaturkunde bewilliget wird, ist demjenigen zuzustellen, gegen den dadurch eine Verpfändung seines Eigenthums, eine Uebertragung, Beschränkung oder Aufhebung seiner dinglichen Rechte bewirkt werden soll. Wie die Zustellung zu geschehen habe, ist bey Erläuterung des §. 439, Nr. 4, ausführlich auseinander gesetzt. Sie kann auch ganz unterbleiben, wenn sich der ergangene Be-

1) Siehe Hofdecret vom 29. August 1818, Nr. 1438.

scheid auf eine von den Parteyen persönlich vor der Grundobrigkeit abgegebene Erklärung, auf Urtheile oder andere den Theilmehmenden ohnehin bekannte, öffentliche oder gerichtliche, legalisirte Urkunden gründet.

5) Wenn die Urkunde nicht die oben angegebenen Eigenschaften besitzt, so kann das Einverleibungsgesuch nicht bewilligt, sondern muß abgewiesen werden [1]). Es steht übrigens den Parteyen frey, das Gesuch um Intabulation mit dem Gesuche um Pränotation (§. 438) in der Art zu verbinden, daß wenn die Intabulation nicht bewilligt werden sollte, der Pränotation Statt gegeben werde, wo dann bey Verwilligung eines oder des anderen in der ferneren Manipulation sich nach den bestehenden Vorschriften benommen werden muß. Auf den Fall aber, daß die einzeln oder vereinigt angesuchte Intabulation oder Pränotation von dem Landrechte (oder der Grundbuchsbehörde) abgeschlagen wird, alsdann ist eine gesetzliche Vorsehung in zweyfacher Hinsicht nothwendig. Erstens, damit die abgewiesene Partey, die von dem Oberrichter, über an denselben genommenen Recurs, die Bewilligung vielleicht bewirket, in dem ihr von der Zeit ihres ersten Gesuches zustehenden Vorgangsrechte (Priorität) nicht beeinträchtiget werde; zweytens, damit auch diejenigen an dem landtäflich (grundbüchlich) erworbenen Pfandrechte und der Priorität nicht zurückgesetzt werden, welche in der Zwischenzeit dieses hängenden Recurses, im Zutrauen auf die öffentlichen Bücher, auf das nähmliche landtäfliche (grundbüchliche) Corpus darleihen, und sich dann ein Pfandrecht erwerben. Zu diesem Ende muß jedes abgeschlagene Gesuch von dem Landrechte oder der Grundbuchsbehörde eben so, wie bey verwilligten Intabulationen oder Pränotationen vorschriftmäßig geschieht, der Landtafel oder dem Grundbuche zu dem Ende zugesendet werden, und ist daher in der Rubrik des Besitzes zu notiren: von wem und wann eine solche Umschreibung angesucht, und wann sie abgeschlagen wurde.

---

1) In Fällen, wo dergleichen Gesuche, wegen unterlassener gehöriger Insinuirung nicht sogleich bewilligt werden können, sind keine Vorbescheide zu ertheilen, sondern an deren Statt die Gesuche mit Anführung der Ursache lediglich abzuschlagen. (Allerh. Entsch. vom 15. März 1830; Hofkanzleydecret vom 17. April 1830.)

— Das Gesuch selbst ist mit dem abweislichen Bescheide sodann dem Bittwerber zuzustellen, auch derjenige, gegen welchen die Intabulation oder Pränotation gesuchet worden, von der abweislichen Erledigung entweder durch gleichmäßige Verbescheidung des Duplicates, wenn das Gesuch in duplo eingereicht worden, oder in anderm angemessenen Wege zu verständigen [1]).

6) Sowohl im Falle der Bewilligung als der Abweisung steht der dadurch sich gekränkt fühlenden Partey der Weg des Recurses an das Appellationsgericht offen. Dieser Recurs muß binnen acht Tagen, nach dem Tage der Zustellung des Bescheides, bey der Behörde, von welcher der Bescheid ergangen, eingereichet, und von derselben sammt den Bewilligungs- oder Abweisungsgründen ungesäumt an das Appellationsgericht begleitet werden, damit dieses mit aller Beförderung darüber entscheide. — Eine Erstreckung der Frist zum Recurse ist bey eben der Behörde, von welcher der Bescheid ergangen, während die Recursfrist läuft, anzusuchen, solche soll jedoch nur aus besonders wichtigen Gründen ertheilt werden. — Wird die angesuchte Erstreckung abgeschlagen, so kann darüber der Recurs an das Appellationsgericht genommen werden. Diese letztere Recurswerbung ist binnen drey Tagen nach der Zustellung der abgeschlagenen Fristerstreckung einzureichen, und von der Behörde wieder in der obenangemerkten Art an das Appellationsgericht zur Entscheidung förderſamst zu begleiten, jedes Mahl aber, sowohl im Falle des genommenen Recurses, als der hierzu erstreckten Frist, ist auch der Gegner zu verständigen [2]).

7) Ist der Recurs gegen einen abweislichen Bescheid der unteren Behörde ergriffen worden, und wird durch das Erkenntniß des Appellationsgerichtes die Intabulation oder Pränotation

1) Patent vom 17. Februar 1804, Nr. 652, §. 2, und Hofdecret vom 9. August 1817, Nr. 1359.

2) Obiges Patent, §. 3 u. 4. In diesem Patente ist zwar eigentlich nur von dem Falle, als gegen einen abweislichen Bescheid der Recurs ergriffen wird, die Rede; allein, daß diese Vorschrift auch für den Fall der bewilligten Intabulirung gelte, gehet aus der Vorschrift des Hofdecretes vom 21. Juny 1805, Nr. 754, hervor, das sich ausdrücklich auf dieses Patent beruft, und in selbem von einer abschlagigen Entschließung des Appellationsgerichtes redet, die über ein von der ersten Instanz bewilligtes Intabulationsgesuch erfließt.

bewilliget, und im Falle der Pränotation zugleich die Pränotirung durch den vorgeschriebenen Weg der einzubringenden Klage gerechtfertiget, so ist dann mit der ordentlichen Einverleibung und respectiven Anschreibung des Gesuchstellers als Eigenthümer und Löschung der vorhergeschehenen, nunmehr ihre Bestimmung verlierenden, Nebenanmerkung zu verfahren, und diese Besitzesanschreibung so anzusehen, als wenn sie gleich ursprünglich geschehen wäre. — Wird aber die Intabulation oder Pränotation auch von dem Appellationsgerichte abgeschlagen, oder ist der dießfällige Abschlagungsbescheid der unteren Behörde zur Rechtskraft erwachsen, so hat diese auf Anlangen desjenigen, gegen welchen die Intabulation oder Pränotation gesucht worden, die Löschung der geschehenen Anmerkung taxfrey zu veranlassen [1]). Ist dagegen der Recurs von Seite des anderen Theiles gegen einen bewilligenden Bescheid der unteren Behörde ergriffen worden, und das Appellationsgericht ändert denselben auf Abweisung ab, so ist die abschlägige Entschließung des Appellationsgerichtes sogleich auf die nähmliche Art, wie oben Nr. 5 erwähnt worden ist, in die Landtafel oder das Grundbuch einzutragen, jedoch nicht auch zugleich die von der ersten Instanz bewilligte Intabulirung oder Pränotirung zu löschen, sondern mit dieser Löschung einzuhalten, bis entweder die appellatorische Entschließung in Rechtskräfte erwachsen, oder über den dagegen etwa ergriffenen Hofrecurs die höchste Entschließung erfolgt seyn wird. Uebrigens müssen dergleichen in Landtafel- oder Grundbuchssachen ergriffen werdenden Hofrecurse, gleich den appellatorischen Recursen, bey der ersten Instanz eingereichet werden [2]).

8) Wer die Gültigkeit einer der Landtafel oder dem Grund-

---

1) Obiges Patent, §. 5. Dieses Patent redet eigentlich nur von dem Landrechte und der Landtafel, und selbst das Hofdecret vom 28. August 1804, Nr. 641, bestätiget, daß sich die Anordnungen des erwähnten Patentes, vermöge dessen ausdrücklichem Inhalt, nur auf landtafliche Intabulationen und Pränotirungen beschranken, und auf grundbuchliche Vormerkungen nicht ausgedehnt werden können. — Durch Hofdecret vom 4. August 1820 wurde dann dem Wiener-Magistrate bewilliget, sich gleichfalls nach diesem Patente zu benehmen, gegenwärtig aber ist diese Anordnung auf alle Grundbuchsbehörden ausgedehnt. (Allerh. Entsch. vom 16. März 1830.)

2) Hofdecret vom 21. Juny 1805, Nr. 732.

buche einverleibten Urkunde bestreiten will, muß binnen der gesetzlichen Verjährungszeit, welche von dem Tage der Eintragung in die öffentlichen Bücher zu rechnen ist, gegen die Theilnehmenden eine ordentliche Klage auf Löschung dieser Urkunde überreichen. In solchem Falle kann in der Landtafel oder dem Grundbuche, wenn der Kläger bey Ueberreichung der Klage, oder später schriftlich darum ansucht, sogleich angemerket werden: daß die eingetragene Post streitig sey. Nach geendigtem Prozesse ist entweder diese Anmerkung oder die streitige Urkunde selbst auf Verlangen wieder zu löschen [1]).

9) Bey Erläuterung des §. 432 ist Nr. 4 gesagt worden, daß derjenige, der mit dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache einen Vertrag geschlossen hat, zufolge welchem das Eigenthum dieser Sache an ihn übergehen soll, sein persönliches Recht, die Uebergabe derselben zu fordern, einem Dritten abtreten könne. Soll nun dieser Dritte als Eigenthümer angeschrieben werden, ohne daß sein Vormann in dem öffentlichen Buche als solcher eingetragen werde, so ist nöthig, daß von dem Eigenthümer, welcher noch an der Gewähr angeschrieben ist, die Auffandungsurkunde ausgestellt werde. In diesem Falle kann dieser Dritte, mit Vorlage der zwey Vertragsinstrumente und der Auffandungsurkunde, seine Anschreibung erwirken; denn dadurch geht das Eigenthum nicht von dem unmittelbaren Vormanne, sondern von demjenigen, dem das Eigenthum wirklich zusteht, auf den neuesten Erwerber über.

§. 436.

Bey Erwerbung durch Urtheil und andere gerichtliche Urkunden.

Wenn das Eigenthum unbeweglicher Sachen zu Folge eines rechtskräftigen Urtheiles, gerichtlichen Theilungsinstrumentes, oder einer gerichtlichen Ueberantwortung einer Erbschaft übertragen werden soll, so ist ebenfalls die Einverleibung dieser Urkunden erforderlich.

---

1) Hofdecret vom 29. August 1813, Nr. 1488, §. 4.

1) Die hier aufgeführten Urkunden begründen gleichfalls nur einen Titel zur Erwerbung des Eigenthums, aber keineswegs auch die Erwerbungsart, welche hier, so wie in den vorne angeführten Fällen, durch die Einverleibung in das öffentliche Buch geschieht. In Uebereinstimmung mit dieser gesetzlichen Anordnung sagt der §. 302 der allgemeinen, und der §. 324 der gallizischen Gerichtsordnung: „Wenn der Beklagte schuldig ist, dem Kläger ein liegendes Gut einzuräumen, so soll der Richter auf dessen Anlangen verwilligen, daß der Kläger an das Eigenthum gebracht, und zu dem Ende der Spruch oder der Vertrag (nähmlich der gerichtliche Vergleich) der Landtafel, oder dem Stadt- oder Grundbuche, wie es jeden Ortes gebräuchlich ist, einverleibet, und daß dem Kläger der Besitz des Gutes eingeräumt werde.".

2) Wenn im Executionswege eine Realität feilgebothen wird, so wird gleichfalls von dem Executionsrichter, nach Maßgabe der Schätzungsurkunde und der Feilbiethungsbedingnisse, eine ordentliche Einantwortungsurkunde ausgefertigt, durch welche der Käufer in den Stand gesetzt wird, seine Einverleibung als Eigenthümer zu erwirken [1]). Solche Einantwortungsurkunden werden gleichfalls bey Ueberantwortung einer testamentarischen oder gesetzlichen Erbschaft ausgefertigt.

§. 437.

Bey Erwerbung des Eigenthums durch Vermächtniß.

Eben so ist es, um das Eigenthum eines vermachten unbeweglichen Gutes zu erwerben, nicht genug, daß die Anordnung des Erblassers überhaupt den öffentlichen Büchern einverleibt worden sey. Wer eine Forderung dieser Art hat, muß bey der Behörde noch die besondere Einverleibung des Vermächtnisses auswirken.

Das Landtafelpatent für Böhmen und Mähren ordnet §. 39 an, daß die Testamente, welche von einem Besitzer eines

---

1) Siehe Justiz-Hofdecret vom 11. August 1837. Wagn. Zeitsch. 8. Heft. S. [illegible]

landtäflichen Gutes errichtet worden, noch ferners in die landtäflichen Quaternen einzutragen seyen; fügt aber gleich bey, daß hierdurch den Erben oder Legatarien kein sächliches Recht erworben werde. — Darum kommen auch diese Testamente lediglich in die Quaternen; in dem Hauptbuche geschieht keine Aenderung. — Selbst wenn die Anordnung des Erblassers nicht auf diesem, sondern im anderen Wege, z. B. um eine Forderung dadurch sicher zu stellen, einverleibt worden wäre, wäre dieses nicht hinreichend, um auch das Eigenthum der Sache zu erlangen, sondern es ist nothwendig, daß die Einverleibung der letztwilligen Anordnung eigens zu dem Zwecke der Eigenthumserwerbung geschehe. — Wird daher Jemanden in einer letztwilligen Anordnung eine unbewegliche Sache vermacht, so muß der Vermächtnißnehmer, um diese unbewegliche Sache als Eigenthum an sich zu bringen, mit Vorlegung dieser letztwilligen Anordnung die Einverleibung bey der Behörde, zu deren öffentlichem Buche die vermachte Sache gehöret, eigens zu diesem Zwecke ansuchen und erwirken. — Indessen scheint es, daß die Vorlage der letztwilligen Anordnung allein, um die Einverleibung des Eigenthumsrechtes zu erwirken, nicht hinreichend sey, sondern der Erbe die Bewilligung hierzu in einer besonderen Urkunde ertheilen müsse; denn ihm liegt die Berichtigung der Legate ob, und seiner Beurtheilung muß es anheim gestellt seyn, ob der Legatar die Bedingung, unter welchen allenfalls die Sache zugedacht worden ist, in Erfüllung gebracht habe, und ob nicht die Verlaßmasse so geartet sey, daß er von den Legataren Sicherstellung verlangen kann (§. 692). Der Legatar hat das Recht, von dem Erben die Uebergabe des Vermächtnisses *zu fordern*; er darf sich die vermachte Sache nicht eigenmächtig aus der Verlaßmasse zueignen. — Bey unbeweglichen Gütern vertritt, wie oben schon bemerkt worden ist, die Ausstellung und Einhändigung der Auffandungsurkunde die Uebergabe, und die von Seite des Erwerbers hierauf angesuchte und erwirkte Einverleibung die Uebernahme. — Würde der Erbe die Ausstellung einer solchen Auffandungsurkunde verweigern, so könnte der Legatar, nach Maßgabe der folgenden §§., ohne Zweifel um die Pränotirung ansuchen, welche

er sodann zu rechtfertigen hätte, und in welchem Rechtfertigungsstreite der Erbe dem Legatar die allenfalls im Gesetze gegründeten Einwendungen, welche der Uebergabe des Legates dermahl noch im Wege stehen, entgegen setzen könnte.

§. 438.

Bedingte Aufzeichnung in das öffentliche Buch, oder Vormerkung.

Wenn derjenige, welcher das Eigenthum einer unbeweglichen Sache anspricht, darüber zwar eine glaubwürdige, aber nicht mit allen den in den §§. 434 u. 435 zur Einverleibung vorgeschriebenen Erfordernissen versehene Urkunde besitzt: so kann er doch, damit ihm Niemand ein Vorrecht abgewinne, die bedingte Eintragung in das öffentliche Buch bewirken, welche Vormerkung (Pränotation) genannt wird. Dadurch erhält er ein bedingtes Eigenthumsrecht, und er wird, sobald er zu Folge richterlichen Ausspruches die Vormerkung gerechtfertiget hat, von der Zeit des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches für den wahren Eigenthümer gehalten.

1) Von der Intabulation unterscheidet sich die Pränotation oder Vormerkung. Die Urkunden, welche über Verträge, wodurch das Eigenthum einer unbeweglichen Sache auf einen Anderen übertragen werden soll, errichtet werden, werden nicht immer von gesetzkundigen Personen verfaßt, und daher geschieht es auch nicht selten, daß sie von jenen Förmlichkeiten entblößt sind, welche der §. 435 für einverleibungs- (intabulations-) fähige Urkunden fordert. Damit nun demjenigen, an welchen in Folge des geschlossenen Vertrages das Eigenthum übergehen soll, bloß wegen Mangel einer Förmlichkeit kein Nachtheil zugehe, welcher ihm durch nachträgliche Intabulation von Lasten, oder dadurch zugefügt werden könnte, daß der Eigenthu-

mer die Sache an einen Zweyten veräußerte, gestattet nun das Gesetz demjenigen, der eine solche mangelhafte Urkunde zum Erweise seines Eigenthums in Händen hat, hierauf die bedingte Eintragung seines Eigenthumsrechtes in das öffentliche Buch zu begehren, welche bedingte Eintragung Vormerkung (Pränotation) genannt wird.

2) Die Erfordernisse zur Pränotation des Eigenthumsrechtes, wovon in diesem Hautpstücke gehandelt wird, sind: a) eine Urkunde, d. i. ein schriftliches Beweismittel zur Begründung des Eigenthumsrechtes. Eine bloße Berufung auf Zeugen wäre daher für keinen Fall hinreichend. Weisartikel sind im Wesentlichen gleichfalls nichts anderes, als Berufungen auf Zeugenaussagen, und können daher als keine schriftlichen Beweismittel zur Begründung des Eigenthumsrechtes angesehen werden. b) Eine glaubwürdige, obgleich keinen vollständigen Beweis machende Urkunde. — Ob die Urkunde als eine glaubwürdige anzusehen sey oder nicht, muß dem vernünftigen Ermessen des Richters anheim gestellt bleiben. — Ohne Zweifel wäre als eine solche glaubwürdige Urkunde anzusehen, wenn der Vertrag zwar von beyden Contrahenten unterfertiget, aber mit den erforderlichen Zeugenunterschriften nicht versehen wäre. Dagegen scheint ein von Privaten ausgestelltes Zeugniß über die geschehene Uebertragung des Eigenthumes unter diese Gattung Urkunden nicht begriffen werden zu können, wohl aber gerichtliche Urkunden über Aussagen von zum ewigen Gedächtnisse abgehörten Zeugen. — Enthält die schriftliche Urkunde, welche zum Beweise der geschehenen Uebertragung des Eigenthums beygebracht wird, eine aufschiebende Bedingung, so ist sie, nach meiner Ueberzeugung, zur Pränotirung des Eigenthumsrechtes nicht geeignet, sondern es muß über den Umstand, daß die Bedingung wirklich in Erfüllung gegangen ist, eine glaubwürdige Urkunde beygebracht werden; denn in Ermanglung einer solchen Urkunde kann man nicht sagen, daß das von einer Bedingung abhängig gemachte Eigenthumsrecht glaubwürdig ausgewiesen sey. — Vor erfüllter Bedingung soll, nach dem erklärten Willen der Parteyen, dem Uebernehmer kein Eigenthumsrecht auf die Sache zustehen;

wie soll nun hier eine Pränotirung des Eigenthumsrechtes Statt finden können, welche zum Zwecke hat, dem Pränotirungswerber die Eigenthumsrechte, von dem Zeitpuncte des überreichten Pränotirungsgesuches an, zu sichern? — Damit der Eigenthümer, welcher dem Uebernehmer persönlich verpflichtet ist, nach erfüllter Bedingung die Sache in dessen Eigenthum zu übertragen, denselben durch Contractbrüchigkeit nicht verletzen könne, steht diesem frey, die aus dem Vertrage für ihn hervorgehenden Rechte in der Rubrik der Lasten zur Einverleibung und respectiven Vormerkung zu bringen.

3) Die nächste Wirkung der Pränotation des Eigenthumsrechtes ist, daß der Eigenthümer ein provisorisches oder bedingtes Eigenthumsrecht erhält, welches in dem Falle, daß er binnen der durch §. 439 bestimmten Zeit, und auf die dort bestimmte Art, sein Recht ausweiset, von dem Zeitpuncte des eingereichten Vormerkungsgesuches, in ein unbedingtes, peremtorisches Eigenthumsrecht übergeht. —

§. 439.

Die geschehene Vormerkung muß sowohl demjenigen, der sie bewirkt hat, als auch seinem Gegner durch Zustellung zu eigenen Handen bekannt gemacht werden. Der Vormerkungswerber muß binnen vierzehn Tagen, vom Tage der erhaltenen Zustellung, die ordentliche Klage zum Erweise des Eigenthumsrechtes einreichen; widrigen Falls soll die bewirkte Vormerkung auf Ansuchen des Gegners gelöscht werden.

1) Die Zustellung muß, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, an den Pränotationswerber darum geschehen, damit er sich von der wirklichen, zur gehörigen Zeit und in gesetzlicher Ordnung erfolgten Vormerkung überzeuge, und widrigen Falls die gesetzlichen Mittel zur Betreibung oder Berichtigung vorkehren könne. Meistens werden Pränotationsgesuche ohnehin durch Advocaten überreicht, und es bedarf in diesem Falle der

Zustellung zu Handen des Pränotirungswerbers keineswegs, sondern es genügt, wenn die Zustellung an den Advocaten, oder seinen Sollicitator geschieht.

2) Dagegen hat die Zustellung an den Gegner, dem die Bewilligung vorzüglich zu wissen nöthig ist, weil seine Sache belastet, seine Freyheit, über das Eigenthum frey zu schalten, einigermaßen auch sein Credit eingeschränkt wird, der folglich aufmerksam gemacht werden muß, eine etwa ganz oder zum Theile (dem Umfange nach) widerrechtlich erschlichene, oder durch Irrthum veranlaßte Pränotirung rückgängig zu machen [1], zu eigenen Händen zu geschehen, und zwar so, wie es in der Gerichtsordnung in Ansehung der ersten, in einer Streitsache ergangenen Verordnung vorgeschrieben ist [2]; es ist daher, wenn der Aufenthaltsort des Gegners unbekannt ist, ein Curator aufzustellen, an den die Zustellung zu geschehen hat, und dieses durch Edict öffentlich in den Zeitungsblättern bekannt zu machen. — Es ist sohin auch der Pränotirungswerber verpflichtet, den Wohnort seines Gegners in dem Pränotirungsgesuche anzuzeigen, widrigens er zu gewärtigen hätte, daß diese Kundmachung auf seine Kosten veranlaßt würde. — Die Landrechte und Grundbuchsbehörden sind dafür verantwortlich, daß die Zustellung mit dem erforderlichen Ernste betrieben, und sich der Vollziehung der hierüber erlassenen Verordnung gehörig versichert werde. — Der in die öffentlichen Bücher eingetragene Besitzer ist jedoch zu keiner Zeit über die geschehene Zustellung den Beweis zu führen verbunden, auch kann daraus allein, daß die Zustellung nicht vorschriftmäßig geschehen sey, noch kein Anlaß genommen werden, die durch die öffentlichen Bücher erworbenen Rechte zu bestreiten [3].

3) Aus dem oben angeführten Grunde der Schirmung der Freyheit des gegenwärtigen Besitzers wird hier verordnet, daß von dem Vormerkungswerber längstens binnen vierzehn Tagen, vom Tage der geschehenen Vormerkungszustellung an, der zur Zeit noch nicht vollständig erprobte, und zur Intabulirung noch

1) Siehe Zeiller zu §. 439, Nr. 2.
2) Hofdecret vom 29. August 1813; J. G. S. Nr. 1433.
3) Ebenda.

nicht geeignete Anspruch auf das Eigenthumsrecht bewähret, oder, mit anderen Worten, die Vormerkung gerechtfertiget werden soll. — Dieses geschieht durch Ueberreichung einer ordentlichen Klage, in welcher das Petitum ganz natürlich auf Anerkennung des Eigenthumsrechtes gerichtet seyn muß, und worüber ein Urtheil zu schöpfen ist, wodurch der früher nur glaubwürdig begründete Eigenthumsanspruch über allen rechtlichen Zweifel erhoben wird. Läßt sich der Gegner nach bereits erhobener Klage, oder auch früher herbey, eine Urkunde auszufertigen, worin er den Eigenthumsanspruch des Vormerkungswerbers als liquid erkennet, so wird ganz natürlich jedes weitere Verfahren überflüßig, und die in landtafel- oder grundbuchsmäßiger Form ausgefertige Rechtfertigungserklärung intabuliret, wodurch das Eigenthumsrecht des Pränotirungswerbers, von dem Zeitpuncte seines überreichten Gesuches an gerechnet, gesichert wird.

4) Kann der Vormerkungswerber seine Rechtfertigungsklage binnen der gesetzlichen Frist von vierzehn Tagen nicht überreichen, so steht es ihm frey, vor Verlauf dieses Termins um eine Verlängerung anzusuchen. — Die Instanz, bey welcher die Rechtfertigungsklage anzubringen ist, und die daher auch diese Frist zu bewilligen oder abzuschlagen hat, wird sich hierbey ganz nach der Analogie der Vorschriften der Gerichtsordnung benehmen. Ist die Rechtfertigungsklage in der gesetzlich bestimmten, oder aus wichtigen Gründen von dem Gerichte erweiterten Frist nicht angebracht worden, so wird, auf Ansuchen des Gegners, die Vormerkung gelöscht. — Zur Sicherstellung des Gerichtes ist es räthlich, daß es, bevor es die Bewilligung zur Löschung ausspricht, eine Tagsatzung mit Zuziehung beyder Theile anordne, und den Pränotirungswerber dabey verhalte, sich über die zur gehörigen Zeit geschehene Ueberreichung der Rechtfertigungsklage auszuweisen, besonders, wenn das Pränotirungsgesuch schon vor langer Zeit überreicht worden seyn sollte. — Dadurch verliert der Vormerkungswerber weder sein persönliches Recht wider den Gegner, noch das Recht, die Intabulation unter den gesetzlichen Erfordernissen zu bewirken; ja selbst das Befugniß, aus den nahmlichen unvollständigen Beweismitteln eine neue Vormer-

kung zu erlangen, wird ihm dadurch nicht benommen. Herr Hofrath v. Zeiller spricht zwar in seinem Commentare das Gegentheil aus; allein da kein ausdrückliches Gesetz vorhanden ist, welches das Gegentheil verfügte, so tritt hier das Hofdecret vom 20. Juny 1818, J. G. S. Nr. 1468, von welchem bey Erläuterung des §. 453 nähere Erwähnung gemacht werden wird, in analoge Anwendung. Es ist daher in einem solchen Falle nicht nur das durch die frühere Vormerkung erworbene bedingte Eigenthumsrecht verloren, dergestalt, daß eine allenfällige später von Seite eines Anderen erwirkte Eigenthumsvormerkung den Vorrang behaupten, und eine in der Zwischenzeit erwirkte Belastung in Wirksamkeit treten würde, sondern es bleibt dem als Eigenthümer Angeschriebenen auch unbenommen, durch Aufforderung des Vormerkungswerbers eine gerichtliche Entscheidung über die von diesem vorgebrachten Eigenthumsansprüche zu erwirken, und damit weiterer Wiederhohlung des Vormerkungsgesuches vorzubeugen. — Die Löschung erfolgt um so mehr in dem Falle, wenn sie auf das wider den Vormerkungswerber ergangene Urtheil angesucht worden ist, in welchem Falle auch eine Wiederhohlung des Vormerkungsgesuches nicht mehr Platz greift.

§. 440.

Vorschrift über die Collision der Einverleibungen.

Hat der Eigenthümer eben dieselbe unbewegliche Sache zwey verschiedenen Personen überlassen, so fällt sie derjenigen zu, welche früher die Einverleibung angesucht hat.

1) Die Einverleibung ist eine besondere Art der Uebergabe, welche eigens für unbewegliche Sachen vorgeschrieben ist. — So wie nun im §. 430 in Ansehung der beweglichen Sachen vorgeschrieben ist, daß derjenige, welchem die Sache früher übergeben worden ist, das Eigenthumsrecht auf dieselbe erlange, und der andere Theil, der vielleicht früher ein persönliches Recht auf die Uebergabe erlangt hat, ihm zurückstehen müsse, so muß ein Gleiches in Betreff der unbeweglichen Sachen gelten, und derjenige

als Eigenthümer angesehen werden, welcher früher die Einverleibung erlangt hat.

2) Der §. redet, wie es auch die Randrubrik (hier Ueberschrift) zeiget, von Collision der Einverleibungen, und es soll dadurch nicht etwa ausgedrückt werden, daß, wenn ein Theil früher die Pränotirung angesucht und erwirkt hat, und einem Andern später die Einverleibung bewilligt worden ist, dieser dem ersteren selbst in dem Falle vorginge, als er in der Folge die Pränotirung gerechtfertiget hätte. Denn in dem Falle, als er die Pränotirung rechtfertiget, ist es der Wirkung nach gerade so viel, als wenn er, anstatt des Pränotirungsgesuches, ein Einverleibungsgesuch überreicht hätte und ihm dasselbe bewilligt worden wäre.

3) Der Fall, daß zweyen Personen, die die Einverleibung als Eigenthümer zu verschiedenen Zeiten ansuchten, ihr Gesuch bewilligt würde, der hier von dem Gesetze vorausgesetzt zu werden scheinet, kann sich bey einem ordnungsmäßigen Verfahren gar nie ereignen, indem die früher ertheilte Bewilligung zur Einverleibung nothwendig die Abweisung des späteren Gesuchstellers nach sich zieht. — Würde dieses aber aus Versehen, oder aus einer hier nicht leicht vorauszusetzenden Unkenntniß der Behörde doch geschehen, so könnte die spätere Einverleibung schon vermöge seiner Ordnungswidrigkeit als eine Nullität von dem beeinträchtigten Theile angefochten werden. — Wohl aber kann es im ordnungsmäßigen Verfahren geschehen, daß Jemand um Pränotirung seines Eigenthumsrechtes, und ein Anderer später um Einverleibung desselben ansucht. Da die Pränotirung nur eine bedingte Eintragung ist, welche nur für den Fall der Rechtfertigung von Wirksamkeit ist, so hindert die frühere Pränotirung nicht, das später überreichte Einverleibungsgesuch zu bewilligen; — wird die Pränotirung in der Folge gerechtfertiget, so tritt eigentlich die Vorschrift des gegenwärtigen §. in Wirksamkeit, und es muß derjenige, der später die Einverleibung angesucht hat, dem früheren Pränotirungswerber weichen. Eben so kann von zweyen oder mehreren Personen die Pränotirung des Eigenthums angesucht werden, in welchen Fällen gleichfalls der frühere Pränotirungswerber, vorausgesetzt, daß er seine Pränotirung rechtfertiget, den Vorzug behaupten muß. —

4) Diese Gesetzesstelle gibt auch der Behörde, welcher das öffentliche Buch untersteht, die Norm an die Hand, wie sie sich bey Erledigung der verschiedenen Einverleibungsgesuche zu benehmen habe. — Kommen zwey Einverleibungsgesuche zu gleicher Zeit ein, so gebühret keinem Einverleibungswerber ein Vorzug; beyde Gesuche sind zu bewilligen, und dabey zu bemerken, daß jedem derselben ein gleiches Recht zustehe. — Es wird sohin dadurch ein Miteigenthumsrecht gegründet. — Ist aber eines aus diesen Gesuchen später (sey es auch nur um eine Minute) als das andere überreicht worden, so ist das zuerst überreichte, vorausgesetzt, daß es ordentlich instruiret ist, bewilligend zu erledigen; welches aber die Folge nach sich zieht, daß das spätere zurückgewiesen werden muß. —

5) Was schon bey Erläuterung des §. 430 von dem Falle gesagt worden ist, wenn derjenige, dem die Sache früher übergeben worden ist, von dem früheren Vertragsrechte des Dritten Wissenschaft hatte, findet im Wesentlichen auch hier seine vollkommene Anwendung. Es versteht sich, daß bey Erledigung eines Einverleibungsgesuches auf solche Verhältnisse keine Rücksicht genommen werden könne, sondern hier nur der Inhalt und die äußere Form der Urkunden in Betrachtung kommen. — Es muß also immer auch derjenige, welcher früher durch ein gesetzmäßig instruirtes Gesuch die Einverleibung als Eigenthümer angesucht hat, auch als solcher in dem öffentlichen Buche angeschrieben werden, und demjenigen, der auf solche Art um sein Recht, das ihm übertragene Eigenthumsrecht durch die bücherliche Anschreibung zu realisiren, gekommen ist, steht nur frey, gegen den Uebergeber und Uebernehmer mit der Entschädigungsklage aufzutreten, und von ihnen zu verlangen, eine Abtretungsurkunde an ihn auszustellen. — Dabey glaube ich aber auf den Unterschied, den ich bey Erläuterung des §. 430 nur obenhin berührte, durch eine ausführlichere Erörterung aufmerksam machen zu müssen, ob nähmlich derjenige, der sich später die Sache als Eigenthum abtreten ließ, schon bey Abschließung dieses Abtretungsgeschäftes von den Rechten des Dritten Kenntniß hatte, oder ob er erst später, obgleich vor

Ueberreichung seines Einverleibungsgesuches, davon Wissenschaft erlangt habe. — Nur im ersteren Falle erscheint er als Theilnehmer an der Beschädigung, da er mit dem Bewußtseyn des bereits von einem Anderen erworbenen Rechtes, die Uebergabe der Sache in sein Eigenthum zu verlangen, das gleiche Recht auf sich übertragen läßt, und es auch sogleich durch sein Einschreiten um Einverleibung realisiret, folglich den früheren Erwerber absichtlich in seinem erworbenen Rechte verletzet. — Die widerrechtliche Handlungsweise des späteren Erwerbers läßt sich auch auf folgende Art anschaulich machen. — Nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche heißt alles, was Jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, sein Eigenthum (§. 353). Unter diese unkörperlichen Sachen gehören nun die verschiedenen Gattungen von Forderungen und Rechten, und daher im vorliegenden Falle auch das Recht, von demjenigen, welcher mir durch Vertrag eine Sache in das Eigenthum abzutreten erkläret hat, zu fordern, daß er sie mir wirklich ins Eigenthum übergebe. Da nun aber das Eigenthumsrecht ein dingliches Recht ist, welches einer Person über eine Sache, ohne Rücksicht auf bestimmte Personen, zusteht, so habe ich mit dem persönlichen Rechte gegen den Uebergeber auch das dingliche, gegen jeden Dritten ausführbare Recht erworben, daß er mich in der Ausübung dieses Rechtes nicht störe. Wenn nun ein Dritter mit dem Bewußtseyn dieses mir zustehenden Rechtes sich neuerdings von dem Eigenthümer die Einräumung des Eigenthumsrechtes und die Uebergabe der Sache in seinen Besitz versprechen läßt, und durch die Vollziehung der Uebergabe und Uebernahme wirklich ins Werk setzt, so verletzt er offenbar mein Eigenthumsrecht, das mir auf jenes Forderungsrecht zustand; er bemeistert sich dadurch eines Rechtes, das mir gebührte. — Die Beschädigung von seiner Seite liegt daher offen vor Augen. — Hatte hingegen der zweyte Erwerber von meinem schon früher erworbenen Rechte keine Wissenschaft, so konnte er sich ganz natürlich von dem Eigenthümer der Sache die Abtretung seines Eigenthumsrechtes und die Uebergabe der Sache in den Besitz gültig versprechen lassen; er hat sohin, gleichwie ich, ein Recht zur

Sache erworben. Die später erlangte Kenntniß, daß bereits ich das nähmliche Recht auf die Sache erlangt habe, kann die Rechtsgültigkeit seiner Annahme des Versprechens nicht mehr aufheben. — Ist von Seite des Eigenthümers noch nicht alles geschehen, was nothwendig ist, um diesen späteren Promissar in den Besitz der Sache zu setzen z. B. es mangelt noch die Ausstellung der Auffandsurkunde, so wird er ihn auch nach erlangter Kenntniß meines früheren Rechtes nicht mehr mit rechtlichem Zwang dazu anhalten können; denn beyden kann der Eigenthümer nicht übergeben, und im Collisionsfalle zwischen uns zwey Berechtigten muß er mir, als früherem Erwerber, den Vorzug schenken, und der Andere muß sich mit der Entschädigung begnügen. Hat aber der Eigenthümer gegen den zweyten Erwerber bereits alles vollzogen, was von seiner Seite zur gänzlichen Uebergabe des Eigenthums erforderlich war, und kömmt es sohin nur auf die einseitige Handlung des neuen Erwerbers an, so bedient er sich nur seines ihm bereits eingeräumten Rechtes, wenn er diese Handlung, die hier lediglich in Ueberreichung des Einverleibungsgesuches besteht, unternimmt. Wer aber von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen Andern daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten. (§. 1305.)

6) Eine weitere Folgerung, die ich aus dem Gesagten ziehe, ist diese, daß, wenn in der Urkunde des späteren Erwerbers die Bewilligung des Eigenthümers zur bücherlichen Anschreibung nicht enthalten ist, und er sohin lediglich die Pränotirung seines Eigenthumsrechtes erwirket, in dem Pränotirungs-Rechtfertigungsstreite aber ihm in der Einrede entgegengesetzt wird, daß bereits früher einem Anderen das nähmliche Recht eingeräumt worden sey, — die Pränotirung für gerechtfertiget nicht erklärt werden könne. Denn ob die Pränotirung für gerechtfertigt erklärt werden könne, oder nicht, ist abhängig von dem Umstande, ob der Eigenthümer für schuldig erkannt werden könne, dem Pränotirungswerber die Sache zu übergeben oder nicht. Da nun derselbe das nähmliche Recht früher einem Andern zugesagt hat, so kann er nicht mehr mit rechtlichem Zwang angehalten werden, die Sache dem zwey-

ten Erwerber zu übergeben; er hat diesen durch eine Zusage, etwas zu erfüllen, was er zu leisten nicht berechtiget war, getäuscht, und ist demselben zur Entschädigung, aber nicht zur Erfüllung des Contractes verbunden. Es wird daher in diesem Falle der frühere Erwerber, welcher aber erst nach dem vorerwähnten Pränotirungsgesuche sein Einverleibungsgesuch überreicht hat, dem ersteren Pränotirungswerber vorgehen.

7) Es ist bereits früher erwähnt worden, daß bey einem ordnungsmäßigen Vorgange der Behörde mehrere Einverleibungen nicht vorkommen können, wohl aber können dem Einverleibungsgesuche Pränotirungen vorgehen, und daher Pränotirungen sowohl unter sich, als mit einem Einverleibungsgesuche concurriren. — Es besteht nun die Vorschrift, daß bey der Landtafel stets das nähmliche Recht oder die nähmliche Verbindlichkeit früher vorzumerken ist, um deren Vormerkung das Ansuchen bey dem Einreichungsprotocolle des Landrechtes oder der Obrigkeit, worunter die Landtafel oder das Grundbuch steht, in einer solchen Gestalt eingereichet worden, daß hierüber von der Stelle die Bewilligung ertheilt werden konnte. Von den Vormerkungsgesuchen, die an dem nähmlichen Tage überreicht werden, ist daher die frühere Nummer des Einreichungsprotocolls zur Richtschnur zu nehmen, und zu diesem Ende jede Partey, die ein Vormerkungsgesuch überreichet, zu fordern berechtiget, daß ihr Gesuch sogleich in ihrer Gegenwart mit der Nummer, die dem Exhibitum nach der Ordnung zukömmt, bezeichnet, in das Protocoll eingetragen, und ihr, zu ihrer Versicherung, hierüber der Empfangsschein ausgestellt werde. Sollte es sich fügen, daß auf das nähmliche Gut mehrere Vormerkungsgesuche in dem nähmlichen Augenblicke überreichet würden, so ist dieses sowohl in dem Einreichungsprotocolle als in dem Empfangsscheine, welcher den Parteyen hinausgegeben wird, anzudeuten, die Gesuche selbst aber, wofern solche dermaßen belegt (instruirt) sind, daß die Vormerkung hierüber von der Stelle bewilligt werden konnte, an dem nähmlichen Platze mit gleichem Rechte bey der Landtafel (oder dem Grundbuche) vorzumerken [1]). Wenn aber auch durch

1) Patent vom 12. December 1785; J. G. S. Nr. 503.

eine fehlerhafte Manipulation des Grundbuches die Vormerkung jenes Rechtes, welche früher angesucht worden ist, im Grundbuche selbst später vorgenommen würde, als die, um welche erst nachhin angesucht worden ist, so hätte, nach der ausdrücklichen Vorschrift des gegenwärtigen §., doch immer derjenige den Vorzug, der früher um die Vormerkung angesucht hat, und das Grundbuchsamt wäre für seine unrichtige Manipulationsweise dem, der dadurch Schaden gelitten hat, verantwortlich.

8) In Landtafel- oder Grundbuchssachen kann eine erwirkte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den mittlerweiligen Vormerkungen nie zum Nachtheile gereichen, auch der Regel keinen Abbruch thun, daß das Vorrecht demjenigen gebühre, der die frühere Vormerkung angesucht und erwirket hat [1]).

§. 441.

Folge der Erwerbung: a) In Rücksicht des Besitzes.

Sobald die Urkunde über das Eigenthumsrecht in das öffentliche Buch eingetragen ist, tritt der neue Eigenthümer in den rechtmäßigen Besitz.

Zur Erläuterung dieser Gesetzesstelle muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß hier „unter dem öffentlichen Buch" nicht die Landtafelquaterne oder das Urkundenbuch, worin die Urkunden lediglich zum Beweis der Rechtmäßigkeit der geschehenen Vorschreibung im Hauptbuche eingetragen werden, sondern das Hauptbuch, in welchem, mit Bezug auf diese Urkunden, jede Eigenthums-Veränderung und Belastung eingetragen wird, verstanden werde. — Daher wurde in dem an das gallizische Appellationsgericht erlassenen Hofdecrete vom 4. Juny 1819, Nr. 1567, anbefohlen, daß die Veranstaltung zu treffen sey, daß in der Landtafel zu Lemberg, so wie es in Böhmen und Mähren der Instruction vom 22. April 1794, §. 27, Nr. 171, der Justizgesetzsammlung gemäß geschieht, bey jeder Tabularpost in dem Hauptbuche der Tag, an welchem sie in dieses Buch eingetragen wird, nicht aber jener, an welchem man mit der Eintragung

1) Hofdecret vom 8. Jänner 1795, lit. b; J. G. S. Nr. 213.

der Urkunden in die Instrumentenbücher fertig geworden ist, angemerkt werde. Diese Vorschrift ist ohne Zweifel bey allen Landtafeln und Grundbüchern zu beobachten.

§. 442.

b) Folge in Rücksicht der mit der Erwerbung verbundenen Rechte.

Wer das Eigenthum einer Sache erwirbt, erlangt auch die damit verbundenen Rechte. Rechte, die auf die Person des Uebergebers eingeschränkt sind, kann er nicht übergeben. Ueberhaupt kann Niemand einem Andern mehr Recht abtreten, als er selbst hat.

1) Mit der Erwerbung des Eigenthums einer beweglichen oder unbeweglichen Sache werden auch das Zugehör derselben (§. 294) und alle mit dem Eigenthum und Besitze der Sache verbundenen Rechte, z. B. die dinglichen Servitutsrechte, das dingliche Patronatsrecht, die radicirten Gewerbsgerechtigkeiten u. s. w., übernommen. Andere, dem Eigenthümer der übergebenen Sache zuständigen Rechte, welche nicht auf dessen Person beschränkt, daher unübertragbare (jura personalissima) sind, gehen nur an den Uebernehmer über, wenn sie von dem Uebergeber ausdrücklich übertragen werden.

2) Solche höchstpersönliche Rechte dagegen können von dem Uebergeber auch nicht ausdrücklich übergeben werden, wenn sie auch an der übertragenen Sache sich wirksam beweisen sollen. Als Beyspiel eines solchen Rechtes wurde bereits vom Herrn Hofrathe von Zeiller das persönliche Vorrecht einer außerordentlichen Verjährungszeit angeführt (§. 1485). Noch minder kann der Eigenthümer solche Rechte, die er selbst nicht hatte, oder ein ausgedehnteres Recht, als ihm in der Sache zustand, auf seinen Nachfolger übertragen, aus dem ganz natürlichen Grundsatze, daß man das, was man selbst nicht hat, an keinen Andern abtreten könne. Die §§. 367 und 456 scheinen zwar vom obigen Grundsatze eine Ausnahme zu machen; allein es scheint auch nur so. Denn in diesen Fällen wird, wie das Gesetzbuch sie

Westgallizien II. Th., §. 168, ausdrücklich erklärt, die Erwerbung der dem Uebernehmer zustehenden Rechte nicht von dem unbefugten Besitzer, sondern von dem Gesetze, und zwar zur Sicherheit des Handels und Wandels, hergeleitet.

§. 443.

c) Folge in Bezug auf die Lasten.

Mit dem Eigenthume unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen. Wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit. Andere Forderungen und Ansprüche, die Jemand an den vorigen Eigenthümer hat, gehen nicht auf den neuen Erwerber über.

1) Die dinglichen, einem dinglichen Rechte gegenüber stehenden Lasten haften gleichsam auf der Sache; sie begleiten sie überall hin, und gehen also auf jeden Nachfolger und Besitzer über. — In Ansehung unbeweglicher Sachen erlangen aber die ihrer Natur nach dinglichen Rechte nur dadurch ihre Wirksamkeit als solche, wenn sie in den öffentlichen Büchern als solche angemerkt werden, und selbst ihrer Natur nach persönliche Verbindlichkeiten werden durch ihre Eintragung in die öffentlichen Bücher in dingliche Lasten verwandelt (§. 307). Der Uebernehmer einer unbeweglichen Sache haftet also für alle eingetragene Lasten, ob sie ihm gleich bey der Uebergabe nicht in Rechnung gebracht oder verschwiegen worden wären. — Selbst in dem Falle, als ihm von dem Uebergeber ausdrücklich die Freyheit von diesen Lasten wäre zugesichert worden, wäre ihm dieser zwar hiefür verantwortlich, aber die Rechte dritter Personen, zu deren Gunsten diese Lasten auf der Sache haften, würden dadurch nicht beirret, sondern der Uebernehmer ihnen in Ansehung derselben eben so verpflichtet, wie ihnen dieses der frühere Besitzer, zwar nicht in Bezug auf seine persönlichen Verbindlichkeiten, aber in Beziehung auf die von ihm besessene Sache, war. Der Uebernehmer

ist durch das Institut der öffentlichen Bücher in die Lage gesetzt, sich von den auf der Sache haftenden Lasten um so mehr die Ueberzeugung zu verschaffen, als er aus der Vorschrift der §§. 444, 445, 469, 524, 1446 wissen muß, daß Lasten, welche in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, nur mit der Löschung aus denselben sich endigen.

2) Die gewöhnlichsten Belastungen unbeweglicher Sachen sind Pfandschaften und Servituten. Wir wollen daher die Rechtsverhältnisse des Uebernehmers in Ansehung dieser Belastungen näher durchgehen, und mit den Pfandschaften den Anfang machen. — Es ist eine ausgemachte Sache, daß den auf der Sache mit ihren Forderungen eingetragenen Gläubigern gegen den Besitzer der Sache, wenn er nicht zugleich ihr Personalschuldner ist, oder besondere persönliche Verpflichtungen entweder gegen sie oder gegen den Uebergeber eingegangen ist, nur eine Realklage zustehe, und ihnen daher auch der Uebernehmer nur mit der verpfändeten Sache, und keineswegs auch mit einem anderwärtigen Vermögen für ihre Forderungen verantwortlich sey. — Denn durch die Eintragung der Forderung in die öffentlichen Bücher erwirbt der Gläubiger kein anderes Recht, als zu verlangen, daß er, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllet wird, aus dieser Sache seine Befriedigung erlange. Der Uebernehmer einer mit solchen Schulden belasteten Realität übernimmt daher auch keine andere Verbindlichkeit, als zu gestatten, daß der Gläubiger seine Befriedigung aus dieser Sache erlange. — Die Richtigkeit dieser Ansicht wird auch durch die §§. 464 u. 466 bestätiget, welche eigentlich nur consequente Folgerungen aus dem §. 447 sind, in welch' ersterem es heißt: daß, wenn der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöst wird, das Fehlende der Schuldner (nicht der Uebernehmer der verpfändeten Realität) zu ersetzen habe; dagegen im letzteren bestimmt wird, daß, wenn der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Anderen übertragen hat, dem Gläubiger frey stehe, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner,

dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen, woraus offenbar hervorgeht, daß der Uebernehmer der verpfändeten Realität mit keinem anderen Vermögen, als dieser verpfändeten Sache, dem Gläubiger zu haften habe [1]). Ob der Uebernehmer in Folge eines einseitigen oder zweyseitigen Vertrages das Eigenthum der unbeweglichen Sache erlangt habe, ändert an der Sache nichts. — Doch in Ansehung dieser letzteren Behauptung habe ich es mit einem wichtigen Gegner, dem k. k. Herrn Rath und Professor Schuster, zu thun, welcher in der citirten Abhandlung behauptet, daß, wenn der Uebernehmer in Folge einer Schenkung zum Eigenthume gelangt ist, die Hypothekargläubiger zu einer persönlichen Klage gegen den Uebernehmer gelangen [2]). Dieser Rechtsgelehrte führt zum Beweise seiner Behauptung im Wesentlichen Folgendes an: Wer eine belastete Sache als Geschenk annehme, übernehme eben dadurch auch aus der Natur des Geschäftes die darauf haftenden Schulden (§. 443), und erkläre, daß er den Geschenkgeber davon befreyen wolle, weil der Ueberlasser einer Sache nur im Falle eines geschlossenen entgeldlichen Vertrages zur Gewährleistung verbunden (§. 922), dagegen aus einem unentgeldlichen Vertrage davon losgezählet ist (§. 945); daher auch die im §. 928 enthaltene Anordnung: „Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets vertreten werden," auf Schenkungen keine Anwendung finden könne. Habe nun der Geschenkgeber die Hypothekarschulden nicht zu vertreten, so müsse ihm auch im Falle, wenn er von den Gläubigern zu deren Bezahlung belangt wird, gegen den Geschenknehmer eine persönliche Klage zustehen, damit dieser ihn von den Schulden befreye. Als Ausnahmen könnten nur jene Fälle gelten, in welchen der Geschenknehmer den Schenkungsvertrag zu bestreiten berechtiget wäre. — Einen entscheidenden Beweis biethe die Rechtsanalogie in den §§. 662, 680 u. 686 an, aus welchen Gesetzes-

1) Auf diese zwey zur Unterstützung obiger Gesetzesstellen angeführten §§. hat bereits Herr Professor Schuster in seiner Abhandlung: »Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstückes den Hypothekar-Gläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen, verpflichtet?" — Nr. III., aufmerksam gemacht.

2) Ebenda Nr. XXIV und XXV.

stellen hervorgehe, daß ein Legatar für die auf der vermachten Sache haftenden Schulden wirklich mit seinem Vermögen zu haften habe, und daher dem Erben persönlich verpflichtet sey, ihn gegen jeden Anspruch klaglos zu stellen, welcher gegen ihn von den auf dem vermachten Grundstücke haftenden Gläubigern gestellt wird.

Ich gestehe, daß mich diese Gründe von der Unrichtigkeit der von mir aufgestellten Behauptung nicht überzeugen, und muß mir daher zur Vertheidigung derselben folgende Gegenbemerkungen erlauben. Der gegenwärtige §. sagt nicht, daß der Uebernehmer eines unbeweglichen Gutes die darauf haftenden Schulden, sondern die darauf haftenden Lasten übernehmen müsse. Dadurch entsteht, wie bereits bemerkt worden ist, für ihn keine andere Verbindlichkeit, als daß er dulden muß, daß der Gläubiger aus der Sache seine Befriedigung hohle. Letzterer erlangt also auch gegen den Uebernehmer kein anderes Recht, als die hypothekarische Klage gegen ihn anzustrengen. Hat der Uebernehmer die Sache gegen Entgeld erhalten, und nicht ausdrücklich die darauf haftenden Schulden zur Zahlung übernommen, so räumet ihm der §. 928 für den Fall, als die hypothekarische Klage gegen ihn angestrengt wird, das Recht ein, von dem Uebergeber die Vertretung zu begehren. Hat der Uebernehmer die Sache unentgeldlich erhalten, so kann er, wenn gegen ihn diese hypothekarische Klage angestrengt wird, diese Vertretungsleistung nicht fordern, und muß daher den Gläubiger befriedigen, oder sich gefallen lassen, daß dieser auf die Feilbiethung der Realität dringe, und aus dem eingehenden Kaufschillinge sich zahlhaft mache, ohne von dem Uebergeber den Ersatz ansprechen zu können. Es folgt also aus dem Umstande, daß er von dem Uebergeber die Vertretungsleistung nicht begehren könne, keineswegs, daß der Gläubiger mit einer persönlichen Klage gegen ihn aufzutreten berechtiget sey. — Zieht der Gläubiger vor, anstatt sich an die Hypothek zu halten, den Uebergeber als Schuldner mit einer Personalklage zu belangen, so bin ich zwar mit Herrn Professor Schuster ganz dahin einverstanden, daß dem Uebergeber gegen den Uebernehmer ein Klagerecht zu-

stehe; allein die Klage kann nur dahin gerichtet seyn, daß der Uebernehmer gestatte, die geschenkte Sache zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden, zu welcher sie von dem Schuldner durch die geschehene Einverleibung des Pfandrechtes eigentlich gewidmet wurde. Denn nur zu diesem Acte hat sich, wie gezeigt, der Uebernehmer verbindlich gemacht, und der Uebergeber kann kein anderes Recht gegen den Uebernehmer realisiren, als zu verlangen, daß er seine eingegangene Verpflichtung erfülle. — Die Wahrheit meiner Behauptung gehet auch aus folgender Betrachtung hervor. — Der Uebergeber, als eigentlicher Schuldner, und der Uebernehmer als Hypothekbesitzer, stehen in einem Correalitätsverhältnisse; denn beyde sind dem Gläubiger zur Zahlung verpflichtet, ersterer aus seinem Vermögen überhaupt, ohne alle Beschränkung, letzterer aus der verhypothecirten Sache insbesondere, und es steht dem Gläubiger frey, den einen oder den anderen nach Maßgabe ihrer Verpflichtung zu belangen. Wird nun der Hauptschuldner um die Bezahlung angegangen, und er leistet sie dem Gläubiger, so ist jener berechtiget, von seinem Mitschuldner den Ersatz nach dem besonderen Verhältnisse, in dem sich dieser befindet, zu begehren (§. 896). Dieses besondere Verhältniß besteht aber hier gerade darin, daß dieser nur aus der Hypothek die Zahlung zu leisten verpflichtet ist; daher kann auch der Schuldner die Zahlung nur aus der Hypothek fordern. — Ferner sagt der §. 1358: „wer die Schuld eines Anderen bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers. Es kann daher auch dem Uebergeber, welcher durch seine Zahlung den Uebernehmer von der Verbindlichkeit gegen den Gläubiger befreyet hat, kein stärkeres Recht zustehen, als daß er in die Rechte des Gläubigers tritt, welches zur Folge hat, daß er die Zahlung nur aus der Hypothek fordern kann. — Nun wird aber gewiß Niemand behaupten wollen, daß dem Uebergeber vor Bezahlung der Schuld ein umfangreicheres Recht gegen den Uebernehmer gebühre, als ihm nach geleisteter Zahlung zustehet. — Würde sich der Uebernehmer sogar ausdrücklich zur Zahlung der auf der geschenkten Sache haftenden Schulden verbindlich machen, so würde sich dadurch sogar der Begriff einer Schenkung aufheben,

denn er würde sich ja dadurch zu einer Gegenleistung verbindlich machen, was sich mit der Natur einer Schenkung platterdings nicht verträgt. Der Geschenknehmer übernimmt zwar die Sache, wie sie ihm übergeben wird, folglich mit allen darauf haftenden und ihr anklebenden Lasten und Mängeln, aber weiter hinaus reicht seine Verbindlichkeit nicht; soll er dadurch verpflichtet werden, dafür aus seinem übrigen Vermögen etwas zu leisten, so ginge der so betitelte Schenkungsvertrag in einen Kauf oder Tausch, oder anderen unbenannten onerosen, oder wenigstens in einen, aus einem entgeldlichen und unentgeldlichen Contracte gemischten Vertrag über (§. 935), und könnte höchstens in Ansehung des übersteigenden Werthes, folglich hier nur in so weit als eine Schenkung angesehen werden, als der Werth der geschenkten Sache die darauf haftenden Schulden übersteiget (§. 942); woraus gleichfalls folgt, daß er nie weiter zur Zahlung verhalten werden könnte, als der Werth der geschenkten Sache beträgt.

Die vom Herrn Professor Schuster angeführten §§. beweisen das nicht, was sie beweisen sollen. Der §. 662 sagt zwar: „Ist die vermachte Sache verpfändet oder belastet, so übernimmt der Empfänger auch die darauf haftenden Lasten;" er sagt also hier in Ansehung der Uebernahme eines Vermächtnisses das Nähmliche aus, was der gegenwärtige §. in Ansehung der Uebernahme einer Sache überhaupt bestimmt. Habe ich nun durch die gegenwärtige Erörterung den eigentlichen Umfang der Bedeutung dieser Worte in Bezug auf die intabulirten Schulden dargethan, so gilt das Nähmliche auch in Ansehung dieses §., und er kann mir daher zur Widerlegung meiner Behauptung nicht mehr entgegengesetzt werden. — Der §. 650 scheint hier keine analoge Anwendbarkeit zu haben, denn er redet von einem ausdrücklichen Auftrage des Erblassers, den sich der Annehmer des Vermächtnisses stillschweigend zu erfüllen verbindlich macht (§. 863), indem Niemand ein Versprechen unter anderen Bedingungen annehmen kann, als unter welchen das Versprechen geschehen ist (§. 869). So gebe ich recht gerne zu, daß wenn Jemanden eine unbewegliche Sache unter dem Auftrage geschenkt wird, die darauf haftenden Schul-

den zu berichtigen, und dieser das Geschenk annimmt, er diese Bezahlung leisten müsse, wenn diese Schulden auch den Werth der geschenkten Sache übersteigen. — Allein der Vertrag würde hier nur den Nahmen einer Schenkung, und zwar ganz unrichtig tragen, in der That aber ein Kauf seyn; daher kann auch der §. 650 nicht auf einen Fall angewendet werden, bey welchem die Natur einer Schenkung vor Augen gehalten werden muß. — Was den §. 686 betrifft, so gilt hier theilweise das Nähmliche, was von dem §. 662 gesagt worden ist, theils spricht er mehr zu Gunsten meiner, als der gegentheiligen Behauptung. Denn nach der klaren Absicht des Gesetzgebers, welche aus dieser gesetzlichen Anordnung hervorleuchtet, soll der gänzliche Verlust des Legates das größte Uebel seyn, das einen Legatar treffen kann. — Diesen muß sich auch der Geschenknehmer gefallen lassen, wenn die geschenkte Sache zu Grunde geht, oder wenn dieselbe von den eingetragenen Gläubigern im Executionswege verkauft, und der ganze dafür eingegangene Kaufschilling zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden muß. Nach der gegentheiligen Ansicht müßte aber der Uebernehmer mehr als diesen Verlust erleiden, wenn der Kaufschilling zur Befriedigung der Gläubiger nicht zureichte. —

3) Servituten sind ihrer Natur nach dingliche, auf der Sache haftende Lasten, allein ihre Wirkung als dingliche Lasten erlangen sie erst alsdann, wenn sie den öffentlichen Büchern einverleibt werden (§. 481). Sind solche Dienstbarkeiten sohin den öffentlichen Büchern einverleibt, so gehen sie auf den Uebernehmer über, wenn auch in dem Uebergabsvertrage gar keine Erwähnung von ihnen geschehen, oder selbst die Freyheit des Eigenthumes zugesichert worden wäre, in welch letzterem Falle jedoch der Uebergeber Gewähr zu leisten hätte. — Eben so gewiß ist es, daß solche Dienstbarkeiten, welche an der dienstbaren Sache selbst keine sinnlichen Merkmahle zurücklassen, und von deren Bestehen der Uebernehmer auch sonst keine Kenntniß hat, an den letzteren nicht übergehen, wenn selbe den öffentlichen Büchern nicht einverleibt sind. — Nicht so einig sind die österreichischen Rechtsgelehrten darüber: ob nicht Dienstbarkeiten, welche zwar in den öffentlichen Büchern nicht eingetragen

sind, welche aber entweder sinnliche Merkmahle an der dienstbaren Sache zurücklassen, oder von deren Bestehen der Uebernehmer auf eine andere Weise in die Kenntniß gekommen ist, an denselben übergehen. — Die, welche der verneinenden Meinung zugethan sind, scheinen den ausdrücklichen Inhalt des gegenwärtigen §. sowohl, der nur von Uebernahme der in den öffentlichen Büchern eingetragenen Lasten spricht, als den des §. 481 für sich zu haben, zu Folge welchem die Erwerbungsart des dinglichen Rechtes einzig in der Einverleibung des Erwerbungsgeschäftes in die öffentlichen Bücher, in welchen das fragliche Grundstück einzutragen ist, besteht. Allein was den Inhalt des gegenwärtigen §. anbelangt, so leuchtet aus dem Nachsatze: „wer diese Bücher nicht einsieht, leidet in allen Fällen für seine Nachlässigkeit," deutlich hervor, daß der höchste Gesetzgeber bey Erlassung dieser Anordnung hauptsächlich zum Zwecke hatte, darauf aufmerksam zu machen, daß alle in den öffentlichen Büchern eingetragenen Lasten an den Uebernehmer übergehen; woraus folgt, daß der e contrario gezogene Schluß, daß der Uebernehmer für keinen Fall andere, als in den öffentlichen Büchern eingetragene Lasten übernehmen müsse, offenbar zu gewagt wäre. Doch den Schluß, der hier zu ziehen ist, hat der §. selbst gemacht, indem er anordnet, daß andere Forderungen und Ansprüche, die Jemand an den vorigen Eigenthümer hat, nicht auf den neuen Erwerber übergehen. Aus diesen Worten erhellet, daß hier nur von solchen Ansprüchen die Rede sey, welche Jemand an die Person des früheren Eigenthümers zu stellen hatte, und die sohin in die Classe der persönlichen Sachenrechte gehören. Was aber in Ansehung jener Verbindlichkeiten hier Rechtens seye, die aus einem seiner Natur nach dinglichen, aber wegen Mangel der Einverleibung noch nicht als solches vollkommen in Wirksamkeit getretenen Rechte entspringen, — hierüber enthält der §. keine ausdrückliche Bestimmung. Ueberhaupt muß selbst dem Schlußsatze die ganz natürliche Beschränkung angefügt werden, daß in dem Vertrage, worauf sich die Uebergabe und Uebernahme gründet, nicht ausdrücklich eine solche Uebertragung geschehen sey. — Der gegenwärtige §. redet sohin nur von den

Wirkungen, welche die Uebertragung des Eigenthums unbeweglicher Sachen im Allgemeinen hervorbringt, ohne sich in eine Erörterung der aus den besonderen Verhältnissen des Uebernahmsgeschäftes hervorgehenden Rechtswirkungen einzulassen.

Hat der Uebernehmer von dem bestehenden Servitutsrechte zur Zeit, als er die Sache an sich bringt, bereits Wissenschaft, so ist derselbe, nach meiner Ueberzeugung, auch verpflichtet, das Servitutsrecht des Andern auch gegen sich anzuerkennen. Denn die Servitut ist ihrer Natur nach eine auf der Sache selbst haftende Last; wer sich eine Servitut bedingt, hat die Absicht, ein auf alle Besitzer der Sache übergehende Verbindlichkeit zu begründen, vermöge welcher sie gehalten seyn sollen, in Rücksicht dieser Sache zu seinem Vortheile etwas zu dulden oder zu unterlassen (§. 472). So lange der Servitutsberechtigte die Einverleibung dieser Servitut in die öffentlichen Bücher nicht erwirkt hat, ist sein Servitutsrecht zwar als ein dingliches, gegen jeden Besitzer der Sache wirksames Recht noch nicht gesichert; denn wenn derjenige, der die Sache an sich bringt, von diesem Servitutsrechte keine Kenntniß hat, so kann, wie nicht in Abrede zu stellen ist, der Servitutsberechtigte sein Recht gegen den neuen Besitzer nicht mehr ausüben. — Daraus folgt aber keineswegs, daß er auch das Recht gegen denjenigen nicht in Ausübung bringen könne, der die Sache mit dem Bewußtseyn der darauf haftenden Servitut an sich gebracht hat. Wer sich eine Servitut bedingt, hat nur die Sache, nicht die Person des Verpflichteten vor Augen. Er hat sich, der Natur der Sache nach, ein immerwährendes Recht auf die Sache bedungen, und dasselbe nicht bloß auf die Zeit beschränkt, in so lange der Verpflichtete Eigenthümer der Sache seyn werde. — Der Servitutsverpflichtete hat sich auch dadurch verbindlich gemacht, die eingeräumte Servitut als eine auf der Sache selbst haftende Last anzuerkennen, und wenigstens nichts zu unternehmen, wodurch diese Eigenthumsbeschränkung wieder aufgehoben würde. Wenn er nun die Sache an einen Dritten veräußert, so ist er zwar nicht gehalten, den Uebernehmer von dem darauf haftenden Servitutsrechte ausdrücklich in Kenntniß zu setzen, und zum Vor-

theile des Servitutsberechtigten in dem Contracte sich der Fortdauer dieser Verbindlichkeit zu versichern; denn er hat sich, der Natur der Sache nach, gegen den Servitutsberechtigten nur zu einer Duldung oder Unterlassung, keineswegs auch zu einer positiven Leistung verbindlich gemacht. Allein er ist offenbar nicht berechtiget, die Sache ausdrücklich als ein unbeschränktes Eigenthum zu veräußern; denn wir haben im vorigen §. gehört, daß Niemand einem Andern mehr Recht abtreten könne, als er selbst hat. — Hat nun derjenige, welcher die Sache an sich bringt, von der darauf haftenden Servitut Wissenschaft, so weiß er auch, daß der Wille des Uebergebers nicht dahin gehen könne, die Sache als freyes, unbeschränktes Eigenthum zu veräußern; er kann also auch die Sache nur unter der Beschränkung annehmen. Denn wenn die Annahme unter andern Bestimmungen erfolgt, als unter welchen das Versprechen geschehen ist, so entsteht kein Vertrag (§. 869). Wer nun eine Sache mit dem Bewußtseyn des darauf haftenden Servitutsrechtes an sich bringt, erklärt dadurch stillschweigend, daß er die Sache gleichfalls mit der nähmlichen Beschränkung als Eigenthümer genießen wolle (§. 863). Zur Kenntniß einer Servitut kann man aber auf verschiedene Art gelangen. Unter diese Arten gehört insbesondere, wenn die Ausübung des Servitutsrechtes mit einem in die Augen fallenden Baue verbunden ist. — Zur Unterstützung meiner obigen Behauptung dienen auch mehrere Parallelstellen aus dem Gesetzbuche. So sagt der §. 468: „das Pfandrecht erlischt mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache, wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war oder aus den öffentlichen Büchern bekannt seyn konnte;" — dann der §. 527: „hat das bloß zeitliche Recht desjenigen, der die Servitut bestellt hat, oder die Zeit, auf welche sie beschränkt worden ist, dem Servitutsinhaber aus öffentlichen Büchern, oder auf andere Art bekannt seyn können, so hört nach Verlauf dieser Servitut das zeitliche Recht von selbst auf." — Ferner sagt der §. 1500: „das aus der Ersitzung oder Verjährung erworbene Recht kann aber demjenigen, welcher, im Vertrauen auf die

öffentlichen Bücher — noch vor der Einverleibung desselben eine Sache oder ein Recht an sich gebracht hat, zu keinem Nachtheile gereichen." — Daraus folgt nun unbezweifelt, daß dem Erwerber einer unbeweglichen Sache das aus der Ersitzung oder Erwerbung erworbene Recht allerdings schade, wenn ihm dasselbe bekannt war, weil er in solch' einem Falle nicht behaupten kann, daß er durch die Einsicht der öffentlichen Bücher getäuscht worden sey [1]).

§. 444.

Erlöschung des Eigenthumsrechtes.

Das Eigenthum überhaupt kann durch den Willen des Eigenthümers, durch das Gesetz, und durch richterlichen Ausspruch verloren gehen. Das Eigenthum der unbeweglichen Sachen aber wird durch die Löschung aus den öffentlichen Büchern aufgehoben.

1) Da der Regel nach mit dem Verluste des Eigenthumes auf einer, die Erwerbung des Eigenthumes auf der anderen Seite in Verbindung steht, so kommen die Erlöschungsarten überhaupt mit den mittelbaren Erwerbungsarten des Eigenthums überein. Diese sind a) der Wille des Eigenthümers, welcher, kraft des Verfügungsrechtes, die Sache verlassen und zur Occupation preis geben (§. 386), oder Andern abtreten kann. — In dem letzten Falle wird jedoch hierzu auch der Wille des Uebernehmers, und die Uebergabe und Uebernahme erfordert. — Denn so lange hier das Eigenthum nicht auf den Anderen übergehet, bleibt dasselbe ein Eigenthum des Ueberträgers; auf den anderen Theil geht es aber nur dann über, wenn dieser auch seinen Willen zur Annahme erkläret, und sich die Sache auf irgend eine rechtliche Art übergeben läßt. b) Unmittelbar aus dem Gesetze geht das Eigenthum verloren, wenn es fremdem Eigenthume zuwächst (§§. 414 — 422), oder durch Verjährung und Ersitzung (§§. 1451 u. 1452); c) vermöge richterlichen Aus-

1) Siehe Schusters Baurecht S. 377 — 379.

spruches, wodurch Jemanden das Eigenthum ab-, und einem Andern zuerkannt wird (§. 424); oder wenn auf die Uebertretung eines Strafgesetzes durch richterliches Erkenntniß der Verlust des Eigenthums einer Sache als Strafe verhängt wird. Diesen vom Gesetze angeführten Erlöschungsarten kann auch der Untergang der Sache, auf welche Jemanden das Eigenthumsrecht zustand, angereihet werden.

2) Sobald es sich aber um eine unbewegliche Sache handelt, muß auch die Löschung des bisherigen Eigenthümers hinzukommen. Dieser Ausdruck muß jedoch nicht immer im materiellen Sinne des Wortes genommen werden, indem, wenn der neue Eigenthümer an die Gewähr geschrieben wird, dadurch ipso facto das Eigenthumsrecht des früheren Besitzers als gelöscht anzusehen ist. — Bis die Löschung vor sich gegangen ist, bleibt er immer noch Eigenthümer, obwohl das aus dem Eigenthume fließende Recht, mit demselben nach Belieben zu verfügen (§. 354), und insbesondere dasselbe nach Willkühr auf Andere zu übertragen (§. 362), gelähmt erscheinet. Denn es wurde schon bey Erläuterung dieses §. bemerkt, daß durch das Hinwegfallen einzelner, aus dem Begriffe des Eigenthums fließenden Rechte die Natur des Eigenthums nicht verändert wird. Wer sich aber, im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, und ohne von der Beschränkung des Eigenthümers Kenntniß zu haben, mit diesem in ein Rechtsgeschäft, z. B. in einen Kauf, Uebernahme zur Hypothek u. dgl., eingelassen hat, muß in seinem Rechte geschützt werden.

§. 445.

Ausdehnung dieser Vorschriften auf andere dingliche Rechte.

Nach den in diesem Hauptstücke über die Erwerbungs- und Erlöschungsart des Eigenthumsrechtes unbeweglicher Sachen gegebenen Vorschriften hat man sich auch bey den übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden, dinglichen Rechten zu verhalten.

1) Es ist bereits bey Erläuterung des §. 298 vorgekommen, daß über die bloß verkäuflichen Gewerbe Vormerkungspro-

tocolle geführt werden, in welchen jedem bestehenden verkäuflichen Gewerbe ein besonderes Folium gewidmet wird, auf welchem der Besitzstand, die mit selbem sich ergebenden Veränderungen eingeschaltet, und alle sich hierauf beziehenden Pfandschaften ordentlich eingetragen werden. — Von diesen Protocollen gilt alles dasjenige, was von der Landtafel und dem Grundbuche im Gesetze angeordnet ist.

2) Alle in den öffentlichen Büchern eingetragenen Lasten begründen auf der anderen Seite eben so viele dingliche Rechte. — Diese dinglichen Rechte können der Regel nach von den Berechtigten sowohl auf Andere übertragen, als wieder mit Lasten bebürdet werden. — Bey Uebertragung dieser dinglichen Rechte und bey Belastung derselben wird sich nun nach der Vorschrift des gegenwärtigen §. ganz so, wie bey Uebertragung und Belastung unbeweglicher Sachen benommen, und es sind die für letztere erlassenen Vorschriften auch vollkommen auf erstere anwendbar.

Das Landtafelpatent für Böhmen und Mähren verordnet §. 24, daß, wenn ein landtäfliches Recht durch Cession oder andere rechtliche Wege an verschiedene Parteyen, jedoch außerlandtäflich, gediehen ist, und der letzte das auf diese Post erworbene Recht landtäflich befestigen will, er in dem bey dem Landrechte zu überreichenden Gesuche den eigentlichen Hergang der Sache, wie dieses Recht an ihn gediehen ist, mit Beylegung aller dazu gehörigen Urkunden anführen und die Einverleibung ansuchen dürfe; indem aber alle diese Urkunden auf einen Endzweck, nähmlich auf die Legitimation zu dem überkommenen landtäflichen Rechte abzielen, so werde auch in dem Hauptbuche nur der letzte Besitzer, mit kurzer Berufung auf die vorhergehenden, vorgemerkt, und die übrigen außerlandtäflich errichteten Urkunden werden lediglich in die Quaternen eingetragen. — Da nun aber der gegenwärtige §. sagt, daß man sich auch bey den übrigen, auf unbewegliche Sachen sich beziehenden Rechten ganz so zu benehmen habe, wie bey Erwerbung des Eigenthumes unbeweglicher Sachen vorgeschrieben ist, und der §. 432 anordnet, daß derjenige, von dem das Eigenthum auf einen Andern übergehen soll,

früher selbst als Eigenthümer einverleibt seyn müsse, bevor dieser letzte Uebernehmer als Eigenthümer eingetragen werden könne, so scheinet dadurch diese Vorschrift des Landtafelpatentes eine kleine Abänderung zu leiden, und sohin in dem Hauptbuche alle Besitzer der Reihe nach eingetragen werden zu müssen. —

3) Bey Eintragung der Rechte in die öffentlichen Bücher ist nun der Unterschied, ob es sich um die Eintragung eines seiner Natur nach dinglichen, oder seiner Natur nach persönlichen Rechtes handelt, bemerkenswerth. Die Eintragung der Rechte ersterer Gattung kann auch ohne besondere Einwilligung des Verpflichteten, durch Pränotirung und Rechtfertigung dieser Pränotirung erwirket werden; — denn hier liegt in der Natur des geschlossenen Geschäftes, durch welches das Recht eingeräumt wurde, selbst die Berechtigung, dasselbe den öffentlichen Büchern einverleiben zu lassen, und das Gegentheil hievon wäre eine Ausnahme, welche erwiesen werden muß, und nicht vermuthet wird. Wenn daher der Hausbesitzer A seinem Nachbar, dem Hausbesitzer B, vertragsweise das Recht eingeräumt hat, daß Letzterer in des Ersteren Wand einen Balken einfügen dürfe, über diesen Vertrag dann eine schriftliche Urkunde errichtet wird, in welcher jedoch das Befugniß zur Einverleibung in das öffentliche Buch nicht vorkömmt, und in der Folge der B die Pränotirung derselben auf das Haus des A erwirket; so ist es bey der Rechtfertigung derselben nicht mehr nothwendig, daß der Kläger außer dem abgeschlossenen Geschäfte auf einen anderen Rechtsgrund hinweise. — Denn das Recht, einen Balken in eine fremde Wand einzufügen, ist ein Servituts- (§. 475), folglich ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht (§. 472). Zwar wäre es allerdings möglich, daß A dem B dieses Recht für seine Person allein eingeräumt habe, in welchem Falle diese, von Seite des A übernommene Last eine Scheinservitut wäre; allein diese würde nach dem klaren Inhalte des §. 479, dem A zu beweisen obliegen. —

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn es sich um Vormerkung einer Forderung oder eines Rechtes handelt, welches seiner Natur nach persönlich ist, und nur durch die Eintragung in

die öffentlichen Bücher in die Classe der dinglichen Rechte versetzt wird. Denn ein seiner Natur nach persönliches Recht kann durch keinen einseitigen Act des Berechtigten in ein dingliches Recht verwandelt werden, welches durch die Einverleibung in das öffentliche Buch geschehen würde. Wenn daher z. B. Jemand eine Sache mit der Bedingung verkauft, daß der Käufer, wenn er solche wieder verkaufen will, ihm die Einlösung anbiethen soll, sich sohin von dem Verkäufer das Verkaufsrecht einräumen läßt, so kann er die Eintragung dieses Rechtes, da es von dem Gesetze (§. 1073) als ein seiner Natur nach persönliches Recht erklärt ist, ohne Einwilligung des Käufers in das öffentliche Buch nicht eintragen lassen, und es könnte die dießfalls erwirkte Pränotirung nicht als gerechtfertiget erklärt werden. Wenn der Beamte mit seiner Herrschaft einen Dienstvertrag abschließt, so kann dieser, ohne Einstimmung der letzteren, der Landtafel nicht einverleibt werden. — Ein Gleiches ist bey einem Pacht- und Miethvertrage der Fall; ja, das dadurch für den Miether oder Bestandnehmer erworbene Recht ist dergestalt persönlich, daß, wenn dasselbe auch mit Einwilligung des Verpächters oder Vermiethers dem öffentlichen Buche einverleibt, und sohin in ein dingliches Recht verwandelt würde, selbes, im Falle einer executiven Feilbiethung, die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes, wenigstens in seiner vorigen Gestalt, wieder verlieren würde (§. 1121).

§. 446.

Form und Vorsichten der Einverleibungen.

Auf was Art und mit welchen Vorsichten überhaupt bey Einverleibung dinglicher Rechte vorzugehen sey, ist in den über die Errichtung der Landtafeln und Grundbücher bestehenden besonderen Anordnungen enthalten.

1) Der höchste Gesetzgeber ging hier von dem Grundsatze aus, daß in das bürgerliche Gesetzbuch nur jene Anordnungen gehören, die Jedermann zur Sicherheit seiner Rechte zu wissen

nöthig hat. Die Vorschriften, welche bey Eintragungen und Löschungen den Gerichten, von denen sie zu bewilligen, oder den Beamten, von denen sie vorzunehmen sind, obliegen, gehören eigentlich zu dem Verfahren, und machen daher den Gegenstand besonderer Gesetze aus. Da indessen einige dieser besonderen Vorschriften selbst auf die Privatrechte einen mannigfaltigen Einfluß haben, so wurden selbe an den zukömmlichen Orten angeführt. — Hier glaube ich nur noch folgende Bemerkungen nachtragen zu müssen.

2) Die Landtafel, das Stadt- oder Grundbuch ist ein öffentliches Buch, unter welcher Bezeichnung es auch in dem Gesetzbuche vorkömmt. Daher kann auch Jedermann das Hauptbuch in Gegenwart eines landtäflichen oder Grundbuchs-Beamten einsehen, und sich auch einen Extract aus selbem geben lassen. Die Extracte, welche die Landtafel oder das Grundbuch ertheilt, sind dreyfach: entweder umständlich, oder nur über eine gewisse vorgemerkte Post, oder summarisch. In einem umständlichen Extracte geschieht die umständliche Erwähnung aller Rubriken, folglich erscheinen darin alle in dem Hauptbuche noch wirklich haftenden Posten, der Reihe nach, mit den ihnen eigenen Nummern, sammt den zu einer jeden Nummer gehörigen Cessionen, Superintabulirungen, wie auch etwa erfolgten Abschreibung, dergestalt, daß jedoch von den bereits extabulirten nur die Zahl mit dem Worte „Gelöscht" angeführt ist. — Eben auf diese Art werden die Particularextracte über eine gewisse Post mit dem einzigen Unterschiede verfaßt, daß sie sich nur auf diejenige Post beschranken, über welche dieser Extract anverlangt worden ist. — In einem summarischen Extracte, welcher gemeiniglich von demjenigen anverlangt wird, dem daran gelegen ist, zu wissen, mit was für Haftungen eine Rubrik überhaupt beschwert ist, werden diejenigen, zu deren Vortheil die Vormerkung haftet, nahmentlich nicht angesetzt; auch wird weder die Urkunde, auf welche sich die Haftung gründet, ausgedrückt, noch sich auf das Instrumentenbuch oder die Quaterne, in welchem die Urkunde zu finden ist, bezogen, sondern es wird jede separirte Nummer, auf welche etwas als eine wahre Schuld, oder auch nur zur Bedeckung einer

bestehenden oder künftig möglichen Verbindlichkeit haftet, angezeigt; die Summen werden getreulich angesetzt, und nur bey jener Post, wo eine Superintabulation bestehet, wird die Anmerkung hierüber mit wenigen Worten beygefügt. Dergleichen Extracte werden bey dem landtäflichen Registrator (oder bey demjenigen überhaupt, welchem die Führung des öffentlichen Buches aus eigener übernommener Pflicht obliegt) unmittelbar angesucht und von demselben, nebst Beydrückung des Amtsinsiegels, unterfertiget; dagegen aber können die Abschriften aus den Quaternen (Instrumenten-, Urkundenbüchern) nie ohne Einwilligung der Behörde ausgefolgt werden [1]).

3) Die sogenannten Landtafel- oder Grundbuchs-Certificate sind eine Bescheinigung des Landtafelamtes oder der Grundbuchsführung, daß ein Instrument sammt dem Begleitungsschreiben in das Instrumentenbuch eingetragen, und in dem Hauptbuche vorgemerkt oder einverleibt worden ist. Diese Certificirung wird mit Beydrückung des Amtsinsiegels von dem landtäflichen Registrator unterschrieben. — Sollten in eben demselben Geschäfte mehrere gleichlautende Urkunden errichtet und zur Intabulation vorgelegt werden, so wird nur ein Exemplar der landtäflich oder grundbüchlich intabulirten Urkunde mit dem landtäflichen Certificate der geschehenen Einverleibung versehen. Bey Vornahme der Löschungen oder Extabulationen wird die Quittung oder das Urtheil, auf welches sich dieselbe gründet, sammt Begleitungsanbringen in das Instrumentenbuch eingetragen, und die Extabulirung bey der Post, welche der Fall trifft, in dem Hauptbuche vorgemerkt, und in so fern die einverleibten Urkunden auch mit vorgelegt worden sind, die darauf befindlichen Certificate gelöscht, oder die theilweise Extabulirung angemerkt [2]).

1) Siehe Landtafelpatent für Böhmen und Mähren §§. 34 — 38.

2) Allg. a. O. §§. 27., 29., 30. u. 31.

Sechstes Hauptstück.

Von dem Pfandrechte.

§. 447.

Begriff von dem Pfandrechte und Pfande.

Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllet wird, die Befriedigung zu erlangen. Die Sache, worauf der Gläubiger dieses Recht zusteht, heißt überhaupt ein Pfand.

1) Ein jeder Schuldner haftet mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten. Dieses Vermögen in seiner Gesammtheit ist als allgemeines und gemeinschaftliches Unterpfand aller seiner Gläubiger anzusehen. Allein dieses Vermögen gibt dem Gläubiger nur so lange Sicherheit, als der Schuldner sein Vermögen behält; sie hängt theils von zufälligen Umständen, theils von der Denkungsart des Schuldners ab, der z. B. nicht Willens ist, dasselbe zur Befriedigung seiner Gläubiger zu verwenden, sondern es hintan gibt, um sich Genüsse aller Art zu verschaffen. Es hängt daher von dem Personalcredit des Schuldners ab, ob der Gläubiger in diesem allgemeinen Unterpfande eine Sicherstellung seiner Forderung erkennen werde. Es kommt daher dieses allgemeine Unterpfand derzeit mehr im täglichen Verkehre, für verhältnißmäßig geringere und mehr vorübergehende Waarenschulden, und für minder bedeutende und auf kürzere Zeit gegebene Anlehen, als für beträchtlichere, auf längere Zeit hinaus gegebene Darleihen vor, in welch' letzteren Fällen eine besondere und dauerhaftere Sicherheit gesucht und gefordert wird.

2) Da es leichter ist, sich die Kenntniß des Werthes einer Sache, als die des moralischen Charakters einer Person zu verschaffen, und da eine Sache an und für sich nicht den Gefahren einer Veränderlichkeit so preis gegeben ist, wie eine Person, so sieht man ein, daß im Allgemeinen größere Sicherheit in der Sache, als

in der Person sey, und sucht sich daher Sicherstellung dadurch zu verschaffen, daß man sich von seinem Schuldner ein Recht auf eine in das Eigenthum desselben gehörige Sache in der Art einräumen läßt, daß der Schuldner zum Nachtheil des Gläubigers mit dieser Sache keine gültige Verfügung mehr vornehmen, und auch ein Dritter das Recht des Gläubigers nicht stören könne. Auf diesem Wege gelangte man zum Begriffe des Pfandrechtes überhaupt, und zur Ausbildung dieses Rechtsinstitutes in seinen einzelnen Theilen und Formen insbesondere.

3) Der gegenwärtige §. gibt die Erklärung dieses wichtigen, im bürgerlichen Leben so häufig zu Sprache kommenden Rechtes. Der hier gegebenen Erklärung zu Folge ist es ein dingliches Recht, das auf der Sache selbst haftet, und gegen jeden Besitzer oder Inhaber, sey er der wirkliche Eigenthümer oder nicht, wirksam ist. Denn gerade darin besteht die Sicherheit, die durch die Einführung dieses Rechtsinstitutes realisirt werden soll. Es gebührt Niemanden andern, als dem Gläubiger, im weiteren juridischen Verstande genommen, sohin demjenigen, der an Jemanden was immer für eine Forderung zu stellen hat; jedoch muß diese Forderung wohl so geartet seyn, daß sie einer Schätzung und sohin einer Umänderung in eine Geldleistung fähig ist; denn die Tendenz des Pfandberechtigten gehet ja, zu Folge der Vorschrift des gegenwärtigen §., dahin, aus der verpfändeten Sache seine Befriedigung zu erhalten, welche nicht anders als durch Veräußerung der Sache realisirt wird.

4) Der Gegenstand des Pfandrechtes, nähmlich die Sache, worauf dem Gläubiger dieses Recht zusteht, wird überhaupt, sie mag eine bewegliche oder unbewegliche Sache seyn, Pfand genannt. Der Ausdruck Pfand hat daher in unserem Gesetzbuche eine zweyfache, bald weitere, bald engere Bedeutung (§. 448). Ob selber daher in den verschiedenen Gesetzesstellen in der einen oder andern Bedeutung genommen werden müsse, ist in jedem Falle aus dem Zusammenhange der Worte und aus der deutlichen Absicht des Gesetzgebers zu erkennen. — Es ist bemerkenswerth, daß das Gesetz in dem Begriffe des Pfandrechtes den Umstand nicht aufgenommen hat, daß das Object eine fremde

Sache seyn müsse. Dadurch scheint die in Ansehung des römischen Rechtes entstandene Controvers: „ob es ein Pfandrecht in eigener Sache geben könne?" nach österreichischem Rechte bejahend entschieden werden zu müssen. Dieser Fall kann nähmlich eintreten, wenn Jemand ein Pfandrecht an fremder Sache erworben hat, diese aber dann in der Folge in sein Eigenthum übergegangen ist. Hinsichtlich des auf unbewegliche Güter oder diesen gleichgehaltenen Rechten, durch Eintragung in die öffentlichen Bücher erwirkten Pfandrechtes kann an der Richtigkeit des hier Gesagten gar nicht gezweifelt werden, da ausdrückliche Gesetze dafür sprechen, daß Verbindlichkeiten, welche den öffentlichen Büchern einverleibt sind, lediglich durch die Löschung aus solchen aufgehoben werden (§§. 469, 526 und 1446); aber auch bey beweglichen Sachen kann es ein Pfandrecht in eigener Sache geben, da der §. 1445, welcher zwar die Regel ausspricht, daß, so oft das Recht mit der Verbindlichkeit in einer Person vereiniget wird, beyde erlöschen, — doch ausnahmsweise zugleich anordnet, daß, wenn Verhältnisse von ganz verschiedener Art eintreten, durch die Vereinigung keine Tilgung der Verbindlichkeit erfolge, und diesen Satz ausdrücklich auf den Fall anwendet, wenn der Schuldner seinen Gläubiger beerbet.

§. 448.

Arten des Pfandes.

Als Pfand kann jede Sache dienen, die im Verkehre steht. Ist sie beweglich, so wird sie Handpfand, oder ein Pfand in enger Bedeutung genannt; ist sie unbeweglich, so heißt sie eine Hypothek oder ein Grundpfand.

1) Zum Pfande kann nur eine Sache dienen, welche im Verkehre steht, d. i. eine solche, die veräußert werden kann; denn nach dem oben angegebenen Begriffe ist ja der Zweck des Pfandrechtes, aus der verpfändeten Sache seiner Zeit die Befriedigung zu erlangen. Zur Realisirung dieses Zweckes eignet sich eine unveräußerliche Sache nicht. Dennoch werden im gemeinen Leben

öfters solche Sachen, z. B. Diplome, Zeugnisse, Pässe u. s. w., dem Gläubiger zur Sicherstellung seiner Forderung übergeben, und, nach dem gemeinen Ausdrucke, versetzt oder verpfändet. — Allein da die Absicht der Parteyen in diesen Fällen nur darauf gerichtet ist, daß der Gläubiger das Recht haben solle, diese ihm übergebenen Urkunden, an deren Uebereinkommung dem Schuldner oft sehr gelegen seyn kann, so lange in seinen Händen zu behalten, bis der Schuldner seiner Verbindlichkeit nachkömmt, so soll demselben auch lediglich ein Retentionsrecht, keineswegs aber ein eigentliches Pfandrecht auf dieselben eingeräumt werden. — Ob und wie fern ein solches Retentionsrecht Platz greife oder nicht, soll bey Erläuterung des §. 471 näher erörtert werden. Welche Sachen, vermöge gesetzlicher Anordnung, dem Verkehre entzogen seyen, ist bereits §. 311 vorgekommen.

2) Dagegen können alle, sohin auch die unkörperlichen Sachen, wenn sie nur veräußerlich sind, verpfändet werden. Unter diese gehören aber besonders Forderungen, welche wir an Jemanden zu stellen berechtiget sind. Diese Forderungen sind auch, in so fern sie auf Leistungen in Geld, oder wenigstens auf solche gerichtet sind, die in Geld angeschlagen werden können, der Regel nach immer veräußerlich. Eine Ausnahme machen manche Forderungen, die an ein Staats- oder überhaupt der öffentlichen Aufsicht unterliegendes Vermögen gerichtet sind; nähmlich:

a. Die Besoldungen und Personalzulagen der landesfürstlichen oder Staatsbeamten sind kein Gegenstand der Verpfändung [1]). Diese Vorschrift erstreckt sich auch auf die Beamten des Versatzamtes, der Kranken- und Versorgungsanstalten und der städtischen Beamten [2]); auf jene Dienerschaft des k. k. Hofstaates, welche ihre Besoldung gleich den Staatsbeamten aus dem Universo erhält [3]); auf die Hoftheaterbeamten, nicht aber auch auf die Hofschauspieler [4]); wohl aber auf die Subjecte

1) Patent vom 25. October 1793, Nr. 436 der J. G. S.
2) Hofdecret vom 26. Jänner 1799; J. G. S. Nr. 453.
3) Hofdecret vom 26. April 1799; J. G. S. Nr. 468.
4) Hofdecret vom 1. July 1803; J. G. S. Nr. 614, und Justiz-Hofdecret vom 8. Februar 1828.

der Hofapotheke [1]); auf die Adjuten der mit Anstellungsdecreten versehenen beeideten Practicanten, indem selbe als Staatsbeamte anzusehen sind [2]); auf die Bezüge der städtischen Normalschullehrer und Industriallehrerinnen [3]); dann auf die Gehalte der Diurnisten [4]); auf die Quartiergelder der Beamten, da sie nur das Aequivalent für Naturalquartiere sind [5]); auf die Gefälls-Verschleißprovisionen der Tabakverleger [6]). Die Beträge der gerichtlich ausgemessenen Alimentation der Gattinn und Kinder aber können auf die Besoldungen der Beamten (des Gatten oder Vaters), wenn diese kein eigenes hinlängliches Vermögen besitzen, so wie auch die Quartiergelder derselben, und auf die Tagegelder der Diurnisten versichert und angewiesen werden [7]). —

b. Außer den Besoldungen und den diesen gleich gehaltenen Bezügen sind auch noch folgende Forderungen kein Gegenstand des hierauf zu erlangenden Pfandrechtes, als: die von dem Aerar denjenigen, welche mit selbem einen Lieferungscontract abgeschlossen haben, während der Dauer des Contractes zu leistenden Vorschüsse oder Ratenzahlungen [8]); die Stallbesoldungen, Rittgelder, Briefporto-Antheile und Gebühren der Postmeister [9]); die den Fleischhauern in Wien zur Versehung der Stadt mit Fleisch als Vorschuß bewilligten Gelder, und die hievon jeden Einzelnen treffenden Antheile [10]); die Präbenden der Stiftsdamen [11]); die Almosengelder aus den städtischen und ständischen Fondscassen, wenn sie jährlich 200 fl. nicht übersteigen [12]); die aus den Armen- und Stiftungsfonds,

1) Hofdecret vom 3. April 1805.
2) Hofdecret vom 19. December 1800; J. G. S. Nr. 513.
3) Hofdecret vom 3. July 1801; J. G. S. Nr. 532.
4) Hofdecret vom 30. August 1805; J. G. S. Nr. 743.
5) Hofdecret vom 17. September 1795; J. G. S. Nr. 256.
6) Hofdecret vom 18. Jänner 1805; J. G. S. Nr. 709.
7) Hofdecret vom 19. April 1799; J. G. S. Nr. 367; 14. September 1805, Nr. 733, 15. May 1813, Nr. 1455, §. 13; 19. November 1819, Nr. 1626, und Hofkammerdecret vom 27. December 1827.
8) Hofdecret vom 13. May 1814; J. G. S. Nr. 1086, und 15. Februar 1815, Nr. 1132.
9) Hofdecret vom 15. September 1735, Nr. 466.
10) Hofdecret vom 15. Februar 1817; J. G. S., Nr. 1315.
11) Hofdecret vom 23. März 1793, Nr. 99.
12) Hofdecret vom 29. August 1799.

und den übrigen Staatscassen ertheilten Almosengelder, tag-, wochen- und monathweise bemessenen Genüsse und die Provisionen minderer Staatsdiener und ihrer Witwen und Waisen, dann die Erziehungsbeyträge, welche den Witwen landesfürstlicher Beamten für ihre Kinder, wegen Unzulänglichkeit der Pension, bis zur Erreichung des Normalalters derselben, als Ergänzung des Familienbedarfes, oder zur Bestreitung der Pflegekosten eines kränklichen Kindes bis zu dessen Herstellung insbesondere verliehen worden [1]); die Pensionen der Witwen und Waisen aus der Witwengesellschaft der bürgerlichen Seidenzeug-, Sammet- und Düntuchmachermeister in Wien [2]), die Versorgungsbeträge des Instituts zur Verpflegung der zum Dienen unfähigen Handlungsdiener [3]); die Pensionen der Witwen und Waisen des Prager Witwen-, Waisen- und Taubstummen-Privatinstitutes [4]); die aus dem Fonde der Gesellschaft zur Versorgung mittelloser und gebrechlicher Mitglieder der Wiener Juristenfacultät fließenden Versorgungsbeträge [5]); die Pensionen der Wiener medicinischen und chirurgischen Witwen-Societät [6]).

c. Manche derley Anforderungen an das Staats- oder ein anderes öffentliches Vermögen sind bloß theilweise von jeder Verpfändung ausgenommen, als: die Pensionen, Jubilations- und Quiescenten-Gehalte landesfürstlicher Beamten, so wie die Pensionen und Gnadengenüsse ihrer Witwen können nur zur Hälfte in die Pfändung gezogen werden, wobey zu bemerken kömmt, daß die Genüsse der im lombardisch-venetianischen Königreiche, so wie auch in den übrigen neu erworbenen Provinzen auf halben Sold gesetzten Beamten der vorigen Regierung die Stelle eines Quiescenten-Gehaltes vertreten [7]); die

---

1) Hofdecret vom 5. July 1781; J. G. S. Nr. 313; 11. April 1789, Nr. 1002; 11. Sept. 1795, Nr. 253, und 15. May 1818, Nr. 1455, Beylage II, §§. 2 — 4.
2) Hofentschließung vom 16. Februar 1796.
3) Decret der nied. österr. Regierung vom 11. August 1796.
4) Hofdecret vom 3. April 1807, Nr. 804.
5) Hofdecret vom 14. März 1812, Nr. 980.
6) Hofdecret vom 21. October 1817, Nr. 1380.
7) Hofdecret vom 16. Jänner 1786, Nr. 518, und 15. May 1815, Nr. 1455; Beylage I, §. 9, und II, §. 1.

den großjährigen Beamtenwaisen bis zu ihrer Verehelichung bewilligten Unterhaltsbeyträge sind nur dann einer Verpfändung fähig, wenn sie den Betrag jährlicher Ein Hundert Gulden erreichen [1]). Nur in Ansehung der neu erworbenen Provinzen ist besonders zu bemerken, daß die Besoldungen der Beamten noch dermahlen nachträglich in Beschlag genommen werden können, wenn durch gerichtliche oder öffentliche Urkunden, ein Notariatszeugniß oder anderes rechtliches Beweismittel erwiesen ist, daß die Schuld vor der mit höchster Entschließung vom 24. May 1816 (Hofdec. vom 8. Juny 1816), wodurch nähmlich die Kundmachung des Patentes vom 25. October 1798, wegen Aufhebung der Verbothe und Pfändungen auf Besoldungen öffentlicher Beamten in allen zurückgefallenen Staaten angeordnet wurde, entstanden ist.

3) Vorzüglich sind aber zur Verpfändung die körperlichen, sowohl beweglichen als unbeweglichen Sachen geeignet; und daß auch der höchste Gesetzgeber sie hier vorzüglich vor Augen hatte, beweiset die Eintheilung des Pfandes in ein Hand- und Grundpfand (Hypothek). Die Benennung Handpfand stammt nähmlich offenbar daher, weil bey beweglichen (körperlichen) Sachen das Pfandrecht der Regel nach durch Uebergabe des Pfandstückes von Hand zu Hand erworben wird, was bey unkörperlichen Sachen nur auf eine symbolische Art geschehen kann. Der Ausdruck „Hypothek" ist aus dem römischen Rechte herüber genommen, hat aber seine ursprüngliche Bedeutung verloren, wie bey Erläuterung des §. 451 dargestellt werden wird.

§. 449.

Titel des Pfandrechtes.

Das Pfandrecht bezieht sich zwar immer auf eine gültige Forderung, aber nicht jede Forderung gibt einen Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes. Dieser gründet sich auf das Gesetz; auf einen richterlichen Ausspruch; auf einen Vertrag, oder den letzten Willen des Eigenthümers.

28 *

1) Voriges Hofdec., Beylage II §. 3.

1) Das Pfandrecht ist lediglich ein accessorisches Recht; es setzt eine von der Verbindlichkeit des Pfandeigenthümers abgesonderte Hauptverbindlichkeit voraus. Diese Hauptverbindlichkeit kann indessen eine bedingte oder unbedingte, eine gegenwärtige oder zukünftige seyn. Es ist sogar nicht wesentlich nothwendig, daß die künftige Forderung gewiß sey; es genügt, wenn sie bloß möglich ist. Beyspiele solcher eventueller Pfandbestellungen kommen im gemeinen Leben häufig vor; so räumt der in Verrechnung stehende Beamte, der Machthaber, Pächter u. s. w., seinem Principal, Machtgeber, Verpächter das Pfandrecht auf eine Sache zu dem Ende ein, damit sich der Letztere aus dieser zahlhaft machen könne, wenn Ersterer ihm in diesen Verhältnissen einen Schaden zufügen sollte. Bey Bestellung des Pfandrechtes ist daher noch ungewiß, ob eine solche Ersatzforderung jemahls existiren werde. Zeigt sich in der Folge, daß gar keine Hauptverbindlichkeit vorhanden gewesen, oder der Anspruch ungültig ist, so hat auch das Pfandrecht keine Wirkung. Ob aber in dem Falle, wenn eine bey Bestellung des Pfandes ungültige Forderung in der Folge rechtsbeständig wird, das Pfandrecht dadurch auflebe, scheint zweifelhaft; indessen scheint mir doch die bejahende Beantwortung der obigen Frage die richtigere zu seyn, da sich in diesem Falle das Pfandrecht nunmehr wirklich auf eine gültige Forderung beziehet.

2) Dagegen ist das bloße Bestehen einer gültigen Forderung nicht hinreichend, von dem Schuldner zu verlangen, daß er dem Gläubiger ein Pfandrecht einräume, und zwar ohne Unterschied, ob eine bewegliche oder unbewegliche Sache als Pfand bestellt werden solle. Denn, wo das Gesetz nicht unterscheidet, dürfen auch wir nicht unterscheiden. Auch ist aus der Stellung dieses §. zu ersehen, daß hier sowohl von beweglichen als unbeweglichen Sachen die Rede sey, indem der höchste Gesetzgeber im Eingange des sechsten Hauptstückes offenbar die rechtlichen Bestimmungen über das Pfandrecht im Allgemeinen abhandelt, und erst später (§. 451) die Sonderheiten anführt, welche nach Verschiedenheit der Gegenstände, die als Pfand dienen sollten, zu gelten haben. — Das Gesagte wird auch durch andere §§.

des Gesetzbuches bestätiget. — So schreibt der §. 451 vor, daß, um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, der mit einem Titel versehene Gläubiger, wenn die verpfändete Sache unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigenthums liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen müsse. — Er setzt also offenbar neben der Forderung noch einen besonderen Titel voraus. — Sehr richtig bemerkt Herr Hofrath v. Zeiller bey Erläuterung dieses §., daß der Gläubiger nicht immer Gefahr laufe, ohne Pfand seine Forderung einzubüßen, und daß daraus, daß Jemanden eine Hauptverbindlichkeit auferlegt wird, nicht folge, daß ihm zugleich die Nebenverbindlichkeit zur Sicherstellung auferlegt werde; eine Bemerkung, die sowohl in Bezug auf unbewegliche, als auf bewegliche Güter vollkommen paßt.

3) Damit daher ein Pfandrecht erworben werden könne, ist, nebst einer gültigen Forderung, noch nothwendig, daß entweder das Gesetz selbst dem Gläubiger in dem bestimmten Falle das Recht auf Sicherstellung überhaupt, oder auf ein Pfand insbesondere einräume; oder daß der Richter demselben das Pfandrecht zuerkenne; oder daß sich der Schuldner, oder ein Dritter für ihn ausdrücklich erkläre, dem Gläubiger ein Pfandrecht einräumen zu wollen, was durch ordentlichen Pfandvertrag, aber auch außer demselben geschehen kann.

§. 450.

Die Fälle, in welchen das Gesetz Jemanden ein Pfandrecht einräumt, sind am gehörigen Orte dieses Gesetzbuches und bey dem Verfahren in Concursfällen angegeben. In wie fern das Gericht ein Pfandrecht einräumen könne, bestimmt die Gerichtsordnung. Soll durch die Einwilligung des Schuldners, oder eines Dritten, der seine Sache für ihn verhaftet, das Pfandrecht erworben werden, so dienen die Vorschriften von Verträgen und Vermächtnissen zur Richtschnur.

1) Es sind zweyerley Arten zu unterscheiden, in welchen das Gesetz selbst dem Gläubiger ein Pfandrecht einräumt, nähmlich:

A. Das Gesetz räumet dem Gläubiger das wirkliche Pfandrecht, und nicht bloß den Titel zu selbem ein, so daß der Gläubiger zur Erwerbung des Pfandrechtes keiner Uebergabe mehr bedarf. Diese Fälle sind:

a. Dem Vermiether einer Wohnung gebührt das Pfandrecht auf die eingebrachten, dem Miether oder Aftervermiether eigenthümlichen, oder von einem Dritten ihnen anvertrauten Einrichtungsstücke und Fahrnisse, welche zur Zeit der Klage noch darin befindlich sind. Dem Verpächter steht das Pfandrecht auf das auf dem Pachtgute vorhandene Vieh und die Wirthschaftsgeräthschaften und die darauf befindlichen Früchte zu (1101).

b. Zur Sicherheit der aus dem Bande der Unterthänigkeit entstehenden Unterthansforderungen haftet der achte Theil des Werthes jeder Herrschaft dergestalt, daß auch ohne Vormerkung solchen Forderungen das Pfandrecht bis auf den achten Theil von dem Werthe des Gutes vor allen vorgemerkten Gläubigern gebühret. Jedoch müssen bey Besitzveränderungen die dießfälligen Klagen der Unterthanen binnen drey Jahren angebracht werden, widrigens dessen ist das Pfandrecht für sie erloschen [1]).

c. In Wien und Grätz ist der magistratlichen Kammercasse, in Bezug auf die von ihr vorgeschossenen Feuerlöschkosten, welche von dem Hausbesitzer, in dessen Hause das Feuer entstand, zu bestreiten sind, das Vorrecht vor allen übrigen auf dem Hause haftenden Schulden eingeräumt [2]).

d. In so fern der sub b berührte achte Theil des Werthes jeder Herrschaft zur Bedeckung der Unterthansforderungen nicht hinreichte, gebührt diesen das Pfandrecht nach allen vorgemerkten Gläubigern [3]).

---

1) Patent vom 12. April 1781, J. G. S. Nr. 979, und 10. July 1789, Nr. 1030. In Böhmen wurde diese Haftung vermöge Hofdecret vom 18. Februar 1791 aufgehoben. Siehe J. G. G. Nr. 253.

2) Feuerlöschordnung für Wien vom 31. December 1817, §. 28, und für Grätz vom 20. Nov. 1822, §. 141. Gouttа's Gesetzs. 14. B., S. 207, und 22. B., S. 434.

3) Patent vom 10. July 1789, Nr. 1030.

c. Den dreyjährigen Rückständen an landesfürstlichen Steuern und gutsherrlichen Abgaben kommt ein gesetzliches Pfandrecht auf das Gut, und zwar vor allen darauf eingetragenen Gläubigern zu. Dieses Vorrecht erstreckt sich auch auf rückständige Veränderungsgebühren [1]).

B. Das Gesetz räumet dem Gläubiger bloß einen Titel zum Pfandrechte ein. Solche Fälle sind:

a. Zu Folge der Vorschrift des §. 230 dürfen Waisengelder nur gegen die gesetzmäßige Sicherheit angelegt werden. Hat daher Jemand wissentlich ein Waisengeld als Darlehen erhalten, so ist er auch verbunden, dasselbe sicher zu stellen, wenn auch keine Hypothek verschrieben, oder überhaupt keine Sicherstellung bedungen, ja, sogar dann, wenn ausdrücklich ausgemacht worden wäre, daß hiefür keine Sicherstellung eingeräumt werden solle; denn der ausdrücklichen Vorschrift eines disponirenden (nicht bloß supplirenden) Gesetzes darf von den Parteyen nicht entgegen gehandelt werden, und haben sie dessenungeachtet etwas dem Gesetze Entgegengesetztes unter sich festgesetzt, so kann dieses keine Rechtswirkung hervorbringen.

b. Wenn ein Vormund seine Pflichten vernachlässiget, und durch Nichtbeobachtung der durch das Gesetz zur Sicherheit des Vermögens des Pupillen bestehenden Vorschriften dasselbe der Gefahr aussetzt, oder wenn er zur gehörigen Zeit nicht ordentliche Rechnung legt, so ist, vermöge dem §. 237, dem Pupillen oder vielmehr der Vormundschaftsbehörde das Recht eingeräumt, von dem Vormunde eine angemessene Sicherstellung zu fordern.

c. Ist dem Gläubiger wegen seiner Forderung schon ein Pfandrecht eingeräumt, so räumet ihm das Gesetz für den Fall, als der Werth des ihm eingeräumten Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers, oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache in dem Maße verändert wird, daß das Pfand zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend befunden wird, einen Titel zur Erweiterung seines Pfandrechtes ein.

d. Besorgt ein Erbschaftsgläubiger, ein Legatar oder ein Notherbe, daß er durch Vermengung der Verlassenschaft mit dem

---

2) Justiz-Hofdecret vom 16. September 1825.; J. G. S. Nr. 2452.

Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr laufen könne; so kann er vor der Einantwortung verlangen, daß die Erbschaft von dem Vermögen des Erben abgesondert, vom Gerichte verwahrt, oder von einem Curator verwaltet, und sein Anspruch hierauf vorgemerket werde (§. 812). Hat nun der Erbe bereits schon eine solche Vermengung in der Art vorgenommen, daß die Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben nicht füglich mehr abgesondert werden kann, so scheint es, daß der Gläubiger, Legatar oder Notherbe auf eine anderweitige Sicherstellung dringen könne. Denn daß die oben benannten Personen überhaupt Sicherstellung fordern können, ist klar durch den §. 812 ausgesprochen; nur ist hier eine besondere Art der Sicherstellung vorgezeichnet. Hat nun der Erbe diese Art Sicherstellung unmöglich gemacht, so ist er verbunden, selbe auf eine andere Art herzustellen, hinsichtlich welcher dann die Regel des §. 1373 eintritt.

e. Wer ein Heirathsgut übergibt, ist berechtigt, bey der Uebergabe, oder wenn in der Folge Gefahr eintritt, von demjenigen, der es empfängt, Sicherstellung zu fordern (§. 1245). Diese Sicherstellung sind sogar die Aeltern der Braut, obgleich sie zur Gebung eines Heirathsgutes rechtlich verpflichtet sind, zu fordern berechtigt [1]).

f. Ein Titel zum Pfandrechte kommt dem Gläubiger hinsichtlich seiner Forderung zu Folge der bestehenden Gesetze auch dann zu, wenn sie bereits fällig ist, ohne daß der Gläubiger von seinem Schuldner seine Befriedigung erhält. Denn wer bereits das Recht hat, die Zahlung, sohin das Mehrere, zu fordern, muß doch auch berechtiget seyn, das Mindere, nähmlich die Sicherstellung, zu verlangen. Ueberdieß sagt der §. 298 der a. G. O., daß, wenn sich die Forderung des Klägers auf eine, vollen Glauben verdienende Urkunde gründet, die Execution bis zur Sicherstellung selbst in dem Falle zu ertheilen sey, als der Geklagte Einwendungen vorbrächte, worüber der Endspruch nicht sogleich geschöpft werden könnte,

1) Siehe meine Darstellung der Rechte der Ehegatten §. 92.

und daher die Sache in das ordentliche, rechtliche Verfahren eingeleitet werden müßte. Durch diese Anordnung scheint klar ausgesprochen zu seyn, daß jede bereits fällige Forderung schon ein Recht auf Sicherstellung gebe, und sohin den Titel zur Erwerbung eines Pfandrechtes mit sich führe. — Zwar wird dagegen eingewendet, daß der §. 298 der G. O. eine, vollen Glauben verdienende Urkunde voraussetze, wogegen der §. 453, in Verbindung mit dem §. 438 des b. G. B., nur eine glaubwürdige Urkunde zur Pränotirung fordere, und daß sohin wegen Ungleichheit des zum Grunde liegenden Beweismittels aus dem §. 298 der G. O. der Beweis, daß das Fälligseyn der Forderung an und für sich einen Titel zum Pfandrechte begründe, nicht hergehohlet werden könne. — Allein in diesem Raisonnement scheint mir der Titel zur Sicherstellungsforderung mit der Bedingung zur Realisirung derselben verwechselt zu werden. In der vollkommenen Glauben verdienenden Urkunde liegt nur der Beweis des Rechtes, Sicherstellung zu fordern; keineswegs wird das Recht selbst hierzu erst dadurch begründet. Wenn A auf den Grund einer, vollkommenen Glauben verdienenden Urkunde, in welcher sich der B verbindlich machte, am 31. December 1831 eine Schuld zu bezahlen, gegenwärtig schon die Execution bis zur Sicherstellung ansuchen würde; könnte sie ihm wohl gewähret werden? und warum nicht? — Weil die Forderung noch nicht fällig ist, sohin dem Gläubiger noch kein Titel zur Erwerbung eines Pfandrechtes zukömmt. Setzen wir dagegen den conträren Fall, daß B sich gegen den A mündlich anheischig gemacht hätte, das Darlehen mit letztem December 1829 zurück zu bezahlen, und A nun nach Verlauf dieses Termins unter Erzählung dieses Factums die Execution bis zur Sicherstellung ansuchen würde; so müßte er ganz natürlich mit diesem Gesuche zurückgewiesen werden, aber nicht aus dem Grunde, weil ihm das Recht mangle, auf Sicherstellung zu dringen, sondern, weil er das Recht hierzu nicht gesetzlich ausgewiesen habe. — Auffallender dürfte die Richtigkeit meiner Ansicht sich noch durch ein anderes Beyspiel darstellen. Gesetzt, A habe sich

gegen den B anheischig gemacht, ihm für ein erhaltenes Darlehen seinen Brillantring zum Pfande zu übergeben; B begehre nun, ohne eine Urkunde beyzubringen, von dem Richter, daß dem A dieser Ring abgenommen werde. Der Richter wird natürlich das Gesuch zurückweisen, aber nicht deßwegen, weil dem B kein Recht hierzu zukomme, sondern, weil er dieses nicht erwiesen hat, und überhaupt die Bedingungen nicht vorhanden sind, unter welchen dem Richter gestattet ist, dem Gläubiger zur Realisirung seines Rechtes beyzustehen. Dadurch glaube ich hinreichend dargethan zu haben, daß in der Fälligkeit einer Forderung der Titel zum Pfandrechte liege. Auch glaube ich,

g. daß dem Gläubiger ein Titel zum Pfandrechte auf das Vermögen des Schuldners in allen jenen Fällen zukomme, wo der Gläubiger Gefahr läuft, seiner Forderung verlustig zu werden. Ich berufe mich dießfalls auf die §§. 3 u. 4 der C. O., welche so lauten: „Wenn ein oder mehrere Gläubiger die Eröffnung des Concurses begehrten, und es wäre nicht offenbar, daß ihr Begehren ohne Grund, und zur Kränkung des Schuldners sey, soll zur Untersuchung der Sache auf eine so kurze Zeit, als möglich, eine Tagsatzung angeordnet, und dem Schuldner aufgetragen werden, daß er entweder die klagenden Gläubiger bedecke, oder seinen Vermögens- und Schuldenstand verfassen und zur Tagsatzung mitbringen solle. Wenn der Schuldner seine klagenden Gläubiger nicht bedeckt hätte, oder bey der Tagsatzung nicht erschiene, oder seinen Vermögens- und Schuldenstand nicht mitbrächte, oder nicht darthäte, daß er im Stande sey, alle Gläubiger zu befriedigen, wäre ohne weiters der Concurs zu eröffnen." — Aus diesen Gesetzesstellen scheint deutlich hervorzugehen, daß in dem Falle, als der Gläubiger zeigen kann, ihm drohe Gefahr, um seine Forderung zu kommen, der Schuldner durch das Gesetz verpflichtet sey, ihm genügende Sicherstellung für seine Forderung zu verschaffen. Manche erblicken auch in dem §. 822 für die Gläubiger des Erben einen Titel zum Pfandrechte auf das demselben angefallene Erbgut;

allein die Schlußworte dieses §. zeigen offenbar, daß der Gesetzgeber hier nicht die Frage entscheiden wollte, ob dem Gläubiger des Erben überhaupt ein Titel zum Pfandrechte zustehe? — sondern, daß er dadurch nur den Zweifel lösen wollte, der in dem Falle, als der Gläubiger überhaupt einen Titel zum Pfandrechte besitzt, und er, gestützt auf diesen, die Vormerkung auf ein dem Erben noch nicht eingeräumtes Verlassenschaftsgut begehrt, entstehen könnte. — Endlich

h. enthält der §. 1321 einen Fall, wo dem Gläubiger, nebst dem Titel zum Pfandrechte, auch das Recht eingeräumt ist, die wirkliche Pfändung ohne richterliche Intervenirung eigenmächtig vorzunehmen.

2) Ohne daß ein Recht auf Sicherstellung überhaupt vorhanden ist, kann der Richter auch dem Gläubiger kein Pfandrecht auf das Vermögen seines Schuldners einräumen. — Der Titel, welchen das Gericht zum Pfandrechte einräumt, ist daher nur in so weit als ein von dem Richter selbst ausgehender Titel anzusehen, als er dem Gläubiger das Recht gewährt, bestimmte Vermögensstücke als Pfand zu benützen. Der Richter hat aber in der Regel nur dann das Recht, dem Gläubiger ein Pfandrecht auf einzelne Vermögensstücke seines Schuldners einzuräumen, wenn die Forderung bereits durch ein rechtskräftiges Urtheil oder einen gerichtlichen Vergleich außer Zweifel gesetzt ist. — Eine Ausnahme hievon macht der oben sub f berührte Fall. — Der Gläubiger hat dem Richter die Vermögensstücke seines Schuldners zu bestimmen, aus welchen er seine Befriedigung erlangen will; nur dürfen die unentbehrlichen Leibeskleider, dann die nöthigsten Werkzeuge, womit ein derley Schuldner sich täglich die Nahrung für sich und seine Familie verschaffen kann, hierzu nie verwendet werden; das übrige nöthige Hausgeräthe aber, dann jenes, so der Schuldner zu seiner Berufsarbeit bedarf, oder dessen Abgang ihm zum besonderen Schaden, oder dessen Veräußerung zum Schimpfe gereichen würde, nur dann, wenn keine andern Zahlungsmittel vorhanden sind [1]).

---

1) Siehe a. G. O. §§. 296, 322 und 330.

§. 451.

Erwerbung des Pfandrechtes: a) durch körperliche Uebergabe; b) durch Einverleibung in die öffentlichen Bücher.

Um das Pfandrecht wirklich zu erwerben, muß der mit einem Titel versehene Gläubiger die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen, und wenn sie unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigenthumes liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen. Der Titel allein gibt nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache.

1) Nächst dem Titel wird ordentlicher Weise zur Erwerbung des Pfandrechtes als eines dinglichen Rechtes, auch die der Natur des Pfandes angemessene Erwerbungsart, nähmlich die Uebergabe, erfordert. Diese Uebergabe hat einen doppelten Zweck; nähmlich, um den Gläubiger zu sichern, daß nicht der Schuldner die Sache an einen Dritten veräußere; dann um dadurch die Einräumung des Pfandrechtes durch ein äußeres Kennzeichen kund zu geben. Die Ausnahmen davon, nähmlich jene Fälle, wo auch ohne Uebergabe ein Pfandrecht auf eine Sache erworben wird, sind bey Erläuterung des vorigen §. angegeben worden.

2) Die Uebergabe geschieht bey einzelnen körperlichen beweglichen Sachen der Regel nach dadurch, daß sie von dem Verpfänder in die Macht und Gewahrsame seines Gläubigers übergeben werden. Dadurch kömmt der Verpfänder aus der Lage, mit der verpfändeten Sache eine Veränderung vornehmen zu können, und Jedem, der das Eigenthum oder ein Pfandrecht an derselben erwerben will, wird dadurch das darauf haftende dingliche Recht in die Augen fallend gemacht.

3) Bey unbeweglichen Sachen ist eine körperliche Uebergabe zur Erlangung des Pfandrechtes mit vielen Unzukömmlichkeiten verbunden. „Ihr Ertrag," bemerkt Herr Staatsrath v. Gön-

ner [1]), „selbst ihre Erhaltung hängt von der Arbeit und Industrie des Besitzers ab; auf ihrer Benützung beruht oft der Unterhalt des Schuldners und seiner Familie, sie können nicht so leicht in das genaue Verhältniß zur Größe der Forderung gebracht, nicht ohne Mühe oder Verantwortlichkeit benützt oder verwaltet werden; billiger Weise kann man vom Schuldner nicht verlangen, daß er ein ganzes Gut für seine Forderung hingebe; auch ist dieses nicht ausführbar, weil oft mehrere Gläubiger vorhanden sind, und diesen mit einander das Gut zum Besitze und zur Verwaltung nicht wohl überlassen werden kann." — Man dachte daher schon in den frühesten Zeiten auf Auswege, diese körperliche Uebergabe überflüssig zu machen. Schon die Griechen fingen an, bey unbeweglichen Sachen das Pfandrecht auf eine zweyfache Art zu bestellen, nähmlich durch Uebergabe in den physischen Besitz des Gläubigers, und ohne Uebergabe in diesen; in welchem Falle jedoch der Schuldner verbunden war, auf dem verpfändeten Hause oder Grundstücke eine Tafel zu befestigen, und darauf die Summen zu bemerken, wofür dasselbe verpfändet sey. — Bey dieser Art der Bestellung des Pfandrechtes ohne Uebergabe erhielt die Sache den Nahmen Hypothek. Dieses System wurde dann auch später von den Römern angenommen. Da aber in der Folge diese Zeichen unpassend gefunden wurden, so wurden selbe abgeschafft, und es blieb für die Hypothek nichts anders, als die Pfandverschreibung übrig. In Deutschland war ursprünglich, sowohl bey beweglichen als unbeweglichen Sachen, nur das Pfand mit Uebergabe der Sache an den Gläubiger bekannt; von Hypotheken, d. i. bloßen Verschreibungen ohne physischer Uebergabe, findet man in den Gesetzen und Urkunden der älteren Zeit nirgends, weder dem Nahmen noch der Sache nach, eine Spur. Auch die Verpfändung unbeweglicher Sachen war sohin immer mit der physichen Uebergabe verbunden, und es wurden auf diese Art ganze Territorien, Güter, Schlösser u. s. w., selbst von Kaisern und Königen zum Pfande gegeben, wie die vielen Reichspfandschaften beweisen. — Die

1) Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern. 1 B., S. 7.

Verpfändung geschah vor Zeugen oder vor Gericht, und der Pfandinhaber war zwar nicht Eigenthümer, jedoch Nutznießer der Sache. — Viele Verpfändungen wurden in die Form eines Verkaufes, mit Vorbehalt des Wiederverkaufes, verkleidet, wobey die gerichtliche Einantwortung oder Auffandung nothwendig war. Blieb die Sache im Besitze des Schuldners, so behalf man sich durch den Rentenkauf (census annuus), bey dem sich der Rentenverkäufer (Schuldner) das Recht der Ablösung durch Zurückgabe des empfangenen Hauptgeldes vorzubehalten pflegte. — Ueber solche Renten- oder Gültenkäufe wurden Urkunden ausgestellt, und diese vom Gerichte selbst gefertiget, oder wenigstens bestätiget. — Diese Grundsätze gingen selbst mit der Ausbreitung des römischen Hypothekensystems in Deutschland nicht überall verloren; denn sie waren meistens in den Statuten der Städte, zuweilen auch in die Landesordnungen aufgenommen, oder als Gewohnheitsrecht beybehalten worden; auch lag den Landesherren, städtischen Obrigkeiten, Vogtey- und Grundherrschaften wegen den öffentlichen und Privatlasten, welche auf den Immobilien hafteten, daran, den Besitzstand unter öffentlicher Controlle zu halten. Es ward also Grundsatz, daß alle Acte über Erwerbung unbeweglicher Güter und dinglicher Rechte an demselben in ein Buch eingetragen werden müssen, welches bey jedem Gerichte gehalten wurde, und daß die gerichtliche Fertigung oder Bestätigung der Contracte über Veräußerung oder Verpfändung einer unbeweglichen Sache zu deren Gültigkeit erfordert werde. — Dadurch wurde es dem Schuldner möglich gemacht, in dem Besitze der verpfändeten unbeweglichen Sache zu verbleiben, ohne dadurch die Rechte dritter Personen zu gefährden, oder die Sicherheit des Erwerbes einer unbeweglichen Sache und den Credit durch heimliche Hypotheken zu zerstören. An den meisten Orten wurden jedoch diese Institute, welche auf geläuterteren Rechtsgrundsätzen beruhten, als das römische Hypothekensystem, vom letzteren verdränget oder verdunkelt, und erst in der neueren Zeit sind diese Grundsätze wieder ins Leben getreten, und haben, durch die Hände der Rechtsphilosophie und Gesetzgebungspolitik

weiter ausgesponnen, das wichtige Institut der Hypothekenbücher gegründet. —

4) Von der Einführung der öffentlichen Bücher in Oesterreich überhaupt, und von ihrer Gestaltung, wurde bereits früher gesprochen. Gegenwärtig soll nun von der Erwerbung des Pfandrechtes durch Einverleibung der Forderung auf unbewegliche Güter besonders gehandelt werden. — Zur Erwirkung der Intabulation wird eine, der Intabulation fähige Urkunde erfordert, welche folgende Erfordernisse besitzen muß. Es muß nähmlich darin a) die Ursache (der Rechtsgrund), aus der die Verbindlichkeit entstanden; b) das unbewegliche Gut, welches der Verbindlichkeit zur Sicherheit und zum Unterpfande dienen soll, klar und deutlich bestimmt; c) die dem Gläubiger eingeräumte Befugniß, sich in der Landtafel, oder in dem Stadt- oder Grundbuche einverleiben zu lassen, ausdrücklich eingeschaltet, dann d) muß die Urkunde sowohl von dem Aussteller derselben, als zwey glaubwürdigen Männern, ohne Unterschied des Standes, unterfertiget seyn. Zu diesen, schon in dem Landtafelpatente für Böhmen und Mähren enthaltenen Eigenschaften kömmt nach dem gegenwärtigen Gesetzbuche noch e) hinzu, daß in selber auch der Ort und die Zeit, an welchem und zu welcher die Urkunde errichtet wurde, eingeschaltet sey (§. 435). — Erscheint sohin in der Urkunde das Vermögen des Schuldners bloß im Allgemeinem verpfändet, sohin eine Generalhypothek constituiret, so ist selbe keine zur Einverleibung geeignete Urkunde; dagegen steht nichts entgegen, sich mehrere Güter des Schuldners zum Unterpfande zu bedingen, wenn sie nur in der Urkunde nahmentlich aufgeführt werden. — Man sieht in den hier aufgezählten Förmlichkeiten, welche eine einverleibungsfähige Urkunde haben muß, daß einige davon offenbar dazu dienen, die Liquidität der Forderung überhaupt außer Zweifel zu setzen, weil jedes Pfandrecht eine gültige Forderung voraussetzt; andere dagegen keinen andern Zweck haben, als die Ueberzeugung zu verschaffen, daß dem Gläubiger auch ein Titel zum Pfandrechte auf das bestimmte Gut, auf welches die Einverleibung angesucht wird, wirklich zustehe. — In den öffentlichen Büchern ist nur diejenige Verbindlichkeit früher

einzuverleiben, um deren Einverleibung das Ansuchen bey dem Exhibiten-Protocolle der betreffenden Realbehörde, an welche sich der Einverleibung wegen in den Städten schriftlich, auf dem Lande aber auch mündlich zu verwenden ist, früher mit Beylegung der Originalurkunden, folglich in einer solchen Gestalt eingereicht worden ist, daß die Bewilligung von der Stelle ertheilt werden konnte. Daher hat bey Intabulationsgesuchen, die an eben demselben Tage überreicht werden, der frühere Numerus des Exhibitenprotocolls die Richtschnur zu geben, und es ist daher jede Partey, die ein Intabulationsgesuch überreicht, zu fordern berechtigt: daß ihr Gesuch in ihrer Gegenwart, mit dem Numerus, die dem Exhibitum nach der Ordnung zukommt, bezeichnet, sogleich in das Einreichungsprotocoll eingetragen und ihr hierüber der Empfangsschein ausgestellt werde. — Sollte es sich fügen, daß auf eben dasselbe Gut mehrere Intabulationsgesuche zugleich überreicht würden, so ist dieses in dem Exhibitenprotocoll und in dem den Parteyen hinaus zu gebenden Empfangsscheine anzumerken, und dann sind dieselben, so weit die Gesuche dermaßen eingerichtet waren, daß die Intabulation von der Stelle bewilligt werden konnte, unter gleicher Nummer, mit gleichem Rechte, in dem Hauptbuche dergestalt einzutragen, daß bloß zur leichteren Uebersicht, und zur Vermeidung einer Irrung bey den in Bezug auf diese Forderungen vorfallenden Amtshandlungen, jeder derselben ein eigener Buchstabe in alphabetischer Ordnung beygefügt, jedoch durch diesen Beysatz keineswegs ein Vorrecht bestimmt werde. — Diese Einverleibung ist sogleich vorzunehmen, es möge die Taxe hiefür entrichtet seyn oder nicht, indem diese von den Säumigen auch nach geschehener Amtshandlung eingetrieben werden kann. Eben durch jene Wege, welche das Gesetz zur Erwirkung eines Pfandrechtes auf eine Realität vorschreibt, kann auch das Pfandrecht auf ein landtäflich oder grundbüchlich einverleibtes Recht erwirket werden [1]).

5) Da das lombardisch-venetianische Königreich früher unter französischer Landeshoheit war, so galten auch in selbem, bis

1) Siehe Landtafelpatent für Böhmen und Mähren vom 22. April 1794; J. G. S. Nr. 171, §§. 11—13, dann §§. 16—25.

zur Einführung des gegenwärtigen Gesetzbuches die im französischen Civil-Codex über die Erwerbungen von Hypotheken enthaltenen Bestimmungen. Diesen zu Folge theilten sich die Hypotheken in gesetzliche, gerichtliche und bedungene. Die gesetzliche Hypothek war, vermöge Art. 2121, den Ehefrauen, den Minderjährigen und den Pflegebefohlenen auf die Güter ihrer Ehemänner, Vormünder und Curatoren eingeräumt; sie entsteht durch das Rechtsverhältniß selbst, unabhängig von jeder Inscription in die öffentlichen Bücher. Diese Hypothek ist unter dem Ausdrucke: stillschweigende gesetzliche Hypothek bekannt. Eine gesetzliche Generalhypothek steht auch nach dem französischen Gesetzbuche, Art. 2121 und 2146, dem Staate, den Gemeinden und den öffentlichen Anstalten auf das Vermögen ihrer Administratoren zu; diese muß aber, um wirksam zu seyn, gehörig in die öffentlichen Bücher inscribirt werden, und die Inscription bey einem Hypothekenamte erstreckt ihre Wirkung nur auf die in dem Bezirke desselben gelegenen Güter (Art. 2121, 2134 und 2146). Die gerichtliche Hypothek hat ihren Grund in richterlichen Entscheidungen, dann in Privaturkunden, wovon die Echtheit der Unterschriften von der Partey vor Gericht anerkannt oder gerichtlich erhoben wurde (Art. 2123). Auch diese Hypothek wirkt auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Güter (Art. 2123). Die bedungene Hypothek kann nur auf bestimmt angegebene Güter, das ist, nur in der Form einer Special-Hypothek (Art. 2129) und durch eine Notariatsurkunde (Art. 2127) bestellt werden. — Außerdem gibt es, nach dem erwähnten Gesetzbuche, auch mehrere privilegirte Hypotheken oder Privilegien, die aber ebenfalls der Formalität der Inscription unterworfen sind. — Durch das Gesetz vom 25. October 1808 wurde verordnet, daß alle vor Einführung des französischen Gesetzbuches bestandenen (mannigfaltigen gesetzlichen und allgemeinen) Hypotheken innerhalb einer bestimmten Frist durch die Inscription in die öffentlichen Bücher conservirt werden sollen. Von der Verbindlichkeit dieser conservirenden Inscription wurden jedoch die oben bezeichneten, im Gesetzbuche sich gründenden gesetzlichen stillschweigenden Hypotheken ausgenommen.

— Die dadurch hergestellten Hypothekenbücher unterscheiden sich von den in den deutschen Provinzen des österreichischen Kaiserstaates durch die verschiedenen Landtafel- und Grundbuchspatente, besonders das Landtafelpatent für Böhmen und Mähren eingeführten öffentlichen Bücher, auf deren Einrichtung sich auch die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches gründen, wesentlich in zweyen Beziehungen. Erstens sind diese Hypothekenbücher nicht nach den Gütern, sondern nach den Personen eingerichtet. Die Inscriptionen in selben werden in chronologischer Ordnung, ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Schulden, der Gläubiger oder der Güter, und mit der Angabe der Schuldurkunde, des Betrages und des Nahmens der Parteyen, dann der verhypothecirten Güter, in so fern es sich um Specialhypotheken handelt, vorgenommen, und diese mit genauen alphabetischen Registern versehen. Der Umstand, daß in der Länge der Zeit die alphabetischen Register zu stark anwachsen würden, gab zu der Verordnung die Veranlassung, daß jede Hypothekeninscription durch den Verlauf von zehn Jahren ihre Wirkung verlieren soll, wenn dieselbe nicht innerhalb dieser Frist auf Ansuchen der Partey erneuert wird. Dieser Bestimmung zu Folge bleibt die Nachsuchung in den Hypothekenbüchern immer auf die letzten zehn Jahre beschränkt. — Der zweyte Unterschied liegt in der Beweiskraft dieser Bücher. — Das Hypothekenamt sieht nach diesen französischen Gesetzen nur auf die Form und den materiellen Inhalt der Urkunde des Gesuches, und geht weder in die Untersuchung ihrer Gültigkeit, noch in die Frage ein, ob derjenige, der eine Hypothek bestellt, auch wirklich Eigenthümer oder Besitzer des damit belasteten Gutes sey. — In diesem Zustande befand sich das Hypothekenwesen in dem lombardisch-venetianischen Königreiche bey Einführung des österreichischen allg. bürgerlichen Gesetzbuches, und man mußte sich daher bis auf weitere Anordnung an die bestehende Einrichtung halten. Nach diesem Grundsatze, und zu Folge verschiedener Anordnungen und Erläuterungen blieben alle früheren für die Inscription und die Wirksamkeit der Hypothek vorgeschriebenen Modalitäten dann die Hypothekenämter selbst aufrecht. — In Beziehung auf

die Form und den Inhalt der Urkunden, wodurch die Hypothek bestellt wird, sind, jedoch mit der Abweichung, daß gegenwärtig jede Privaturkunde mit einer öffentlichen Vidimirung versehen seyn muß, die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzbuches zu beobachten. — Die Gubernien und Appellationsgerichte glaubten in der Anordnung, daß jede Inscription innerhalb des Zeitraumes von zehn Jahren erneuert werden müsse, einen Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen des b. G. B. zu finden, und wurden dadurch veranlaßt, diese Anordnung aufzuheben. Dadurch wurden wieder die Schwierigkeiten hervorgebracht, denen durch diese Anordnung vorgebeugt werden sollte, nähmlich die Mühe des Nachschlagens, und die Gefahr, daß dabey Versehen begangen werden, was den Wunsch rege machte, diese Erneuerung der Inscriptionen nach einem bestimmten Zeitpuncte wieder einzuführen. — Die Gesetzgebung erkannte also für zweckmäßig, die Wiedereinführung der zehnjährigen Erneuerung der Inscriptionen, und zugleich die Inscription aller früheren nicht inscribirten Hypotheken, dann die Umwandlung der früheren Generalhypotheken in Spezialhypotheken anzuordnen, um diese Hypothekenbücher einem höheren Grade der Vollkommenheit entgegen zu führen [1]). Zu diesem Ende wurde das Patent vom 19. Juny 1826 kund gemacht, dessen wesentlicher Inhalt folgender ist: Die den Ehefrauen, den Minderjährigen und Pflegebefohlenen in Folge der früheren Gesetzgebung gebührenden stillschweigenden gesetzlichen Hypotheken, dann alle übrigen Hypotheken, welche, aus was immer für einem Grunde, nach den früheren Gesetzen ohne Inscription wirksam seyn mochten, oder noch mit Rückwirkung inscribirt werden konnten, mußten binnen einer Frist, welche in der Folge bis Ende Juny 1828 verlängert wurde [2]), auf Ansuchen der Parteyen gehörig inscribiret werden. Die innerhalb dieser Frist bewirkte Inscription bewahrt

1) Siehe: Kurze Darstellung der Modalitäten zur Bewirkung der Realrechte in dem lombardisch-venetianischen Königreiche. In der Wagn. Zeitsch. Jahrg. 1829. XI. Heft, S. 263 — 277.

2) Circulare des mailandischen und venetianischen Gubernium's vom 20. December 1827. Wagn. Zeitsch. S. 492.

den Gläubigern, rücksichtlich des Bezirkes, in welchem sie erfolgt ist, ihr Pfandrecht nach jener Ordnung und jenem Range (Priorität), welche ihnen den Gesetzen gemäß in den betreffenden Orten zur Zeit der Einführung des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches gebühret hätten, ohne Rücksicht auf die Zeitordnung, in welcher diese Inscription von den einzelnen Gläubigern erwirkt wird. — Auch nach Verlauf der festgesetzten Frist kann die angeordnete Inscription in so lange veranlaßt werden, als die Hypothek nicht in Gemäßheit der Gesetze erloschen ist. Allein eine solche spätere Inscription hat in jedem Falle in Gestalt einer Specialhypothek (nähmlich mittelst der genauen und entsprechenden Angabe der Gattung und Lage der einzelnen verpfändeten Güter, ihrer Gränzen und Steuernummern, in so weit es möglich ist, und überhaupt mittelst Angabe aller jener Merkmahle, welche jeden Zweifel über die Identität der fraglichen Güter beseitigen) zu geschehen, und ist bloß als eine erste Inscription zu betrachten, welche nur vom Tage ihrer Bestellung an wirkt, und sich bloß auf diejenigen Güter erstreckt, welche der Schuldner zu dieser Zeit besitzt. — Zugleich werden alle Verordnungen, womit die Frist zur Erneuerung der pfandrechtlichen Inscriptionen eingestellt wurde, aufgehoben. — Jene Parteyen, welche ihre bereits erwirkten Inscriptionen aufrecht erhalten wollen, sind demnach wie vordem verbunden, dieselbe vor dem Verlaufe des rücksichtlichen Decenniums zu erneuern. — Diese Inscriptionen verlieren ihre Wirksamkeit, wenn sie vor Ablauf der bestimmten Frist nicht erneuert werden; jedoch bleibt den Parteyen, in so lange die Hypothek nicht nach Vorschrift der Gesetze erloschen ist, das Recht auf eine neue, regelmäßige Inscription vorbehalten, welche aber nur in Gestalt einer Specialhypothek nach der bereits oben erwähnten Art und mit der dort bezeichneten Wirkung vorzunehmen ist. Diese Pflicht der Inscriptionserneuerung dehnet sich auf alle früher bestandenen stillschweigenden gesetzlichen Hypotheken aus, und die zehnjährige Frist läuft für dieselben vom Tage der Inscription, welche bereits früher bewirkt worden ist, oder kraft des Patentes vom 19. Juny 1826 bewirkt werden wird. — Die mehrbesagte Verpflichtung er-

streckt sich gleichfalls auf die Vormerkungen (Pränotationen), wenn sie auch bereits gerechtfertiget wären, und auf jene Inscriptionen, welche von dem Hypothekenverwahrer von Amtes wegen vorgenommen wurden. — Sollte der Zeitraum von zehn Jahren während der Zeit, wo der Lauf der Frist eingestellt war, verstrichen seyn, oder am Tage, an welchem das mehrerwähnte Patent kund gemacht wurde, bereits das letzte dieser zehn Jahre abzulaufen angefangen haben, so wären die Inscriptionen bis Ende Juny 1828 zu erneuern, widrigens sie erloschen wären. — Alle jene, welche die Wirkung solcher pfandrechtlichen Inscriptionen aufrecht erhalten wollten, welche sie früher bey Hypothekenämtern, die nun nicht mehr zum lombardisch-venetianischen Königreiche gehören, jedoch zur Last solcher unbeweglichen Sachen, welche in dem gegenwärtigen Gebiethe des genannten Königreiches gelegen sind, z. B. beym Hypothekenamte in Ferrara, rücksichtlich des österreichischen Polesine, und bey jenem in Reggio, hinsichtlich der nun der Provinz Mantua zugewiesenen Gemeinde Rolo, bewirkt haben, mußten dieselben bis Ende Juny 1828 bey dem österreichischen Hypothekenamte, in dessen Bezirke die bezüglichen Güter gelegen sind, erneuern. — Nach Verlauf dieser Frist verloren die im ausländischen Hypothekenamte eingezeichneten Pfandrechte, deren Inscription nicht erneuert worden ist, ihre Wirksamkeit hinsichtlich der im österreichischen Gebiethe gelegenen Güter, wenn gleich das rücksichtliche Decennium noch nicht verstrichen wäre. Innerhalb der mehrerwähnten Frist (bis Ende Juny 1828) stand es den interessirten Parteyen frey, aus dem ausländischen Hypothekenamte ihre, auf die im lombardisch-venetianischen Königreiche liegenden Güter bezüglichen Transcriptionen (Eigenthums-Ueberschreibungen) in das competente Hypothekenamt dieses Königreiches zu übertragen, das heißt: diese Transcriptionen in jenen österreichischen Hypothekenämtern zu erneuern, in deren Bezirke die Güter gelegen sind. Nach Verlauf der erwähnten Frist sollen die in ausländischen Hypothekenämtern vorgenommenen, und nicht, wie oben vorgekommen, erneuerten Transcriptionen, rücksichtlich der im lombardisch-venetianischen Königreiche gelegenen Güter, als nicht bestehend be-

trachtet werden. — Alle Vorzugsrechte (Privilegien) und Grundpfandrechte (Hypotheken), welche bey Ablauf der oftерwähnten Frist sich noch in Gestalt von allgemeinen Vorzugs- und Pfandrechten eingezeichnet oder erneuert fanden, aus welchem Ursprunge oder Zeitpuncte sie immer herrührten, und welcher Art sie seyn mochten, mußten auf Anlangen der Parteyen in Gestalt einer Specialhypothek bey den Hypothekenämtern, in deren Bezirke die einzelnen verpfändeten Güter gelegen sind, neuerdings eingezeichnet werden. Diese neue Inscription, in Gestalt einer Specialhypothek, hatte binnen einer neuen, der ersten nachfolgenden Frist, das heißt bis zum letzten December 1828, zu geschehen. Wenn bis zum Verlaufe dieser zweyten Frist die besagte Inscription nicht bewerkstelliget worden wäre, haben die hier oben erwähnten Generalhypotheken ihre Wirksamkeit verloren [1]).

6) In Salzburg besteht eine Hypothekencommission, welche über die Realitäten der Stadt Salzburg und mehrere Dominicalien im Lande sogenannte Hypothekentabellen führet, in welchen die Erlangung und die Erlöschung der Hypothekarrechte aufgezeichnet werden. Nebstbey werden auch Urkundenbücher gehalten, woraus die Urkunden, welche die Erwerbung oder Erlöschung dinglicher Rechte begründen, nebst den Verordnungen, durch welche die Eintragung derselben bewilliget wurde, ihrem vollen Inhalte nach eingetragen werden. — In Folge einer Appellationsgerichts-Verordnung vom 3. July 1818 hat eine bedingte Eintragung der dinglichen Rechte auf unbewegliche Güter (Pränotirung) im Herzogthume Salzburg nicht Statt. Obschon diese Verordnung nur dem Stadt- und Landrechte, nicht auch den Pfleggerichten ordentlich bekannt gemacht wurde, so richten sich doch auch die Pfleggerichte hiernach, und bewilligen keine Pränotirung. Bey diesen ist folgende Verfahrungsweise, mit Bezug auf die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt, und die obderennsische Regierungsverordnung vom 9. September

1) Der vollständige Inhalt dieses, das Hypothekenwesen in dem lombardisch-venetianischen Königreiche erflossenen Patentes kann in Winniwarters Handbuche 2. B., S. 166 — 177, nachgelesen werden. Hier wurde sich mit Verfassung eines solchen Auszuges begnügt, aus dem der dermahlige Bestand des Hypothekenwesens im gedachten Königreiche ersehen werden kann.

1818 insbesondere, als die gesetzliche anzusehen: „Die von den Unterthanen gerichtlich oder außergerichtlich verfaßten Verträge über dingliche, sich auf ihre Bauerngüter beziehenden Rechte verfaßten Verträge werden entweder mittelst eigener Einverleibungsgesuche auf die nähmliche Art, wie sie bey dem Stadt- und Landrechte überreicht werden, oder mündlich, durch ein zu Protocoll gegebenes Ansuchen bey Gericht, dem Pfleggerichte, in dessen Bezirke das unbewegliche Gut liegt, zur Bewilligung der Eintragung in die öffentlichen Bücher vorgelegt. — Ist die Urkunde in der gesetzmäßigen Form, und überhaupt das Gesuch ordnungsmäßig instruiret, so hat das Pfleggericht die Bewilligung zur Einverleibung zu ertheilen, die Urkunde sohin in das Gerichtsprotocoll einzutragen, und auf das Original des Vertrages die Bemerkung zu setzen, daß der Vertrag in das Gerichtsprotocoll eingetragen sey. Nebst dieser Eintragung in das Gerichtsprotocoll wird auch die Eintragung in dem grundherrlichen Grundbuche angemerkt, wenn das Pfleggericht zugleich die Verwaltung der grundherrlichen Gerechtsame hat, nähmlich, wenn es eine freyeigene, oder hofurbare (landesherrliche) Rusticalrealität betrifft. Wenn die Rusticalrealität aber einer fremden Grundherrschaft unterworfen ist, so wird die Urkunde mit der gerichtlichen Bewilligung auch der Grundherrschaft zur Eintragung in ihr Notel- und Grundbuch zugestellt, welche dann ebenfalls die geschehene Eintragung auf dem Originalcontracte bestätigt. Hierauf wird die Urkunde der Partey ausgehändigt [1]).

7) Damit die Einverleibung eines Pfandrechtes auf ein unbewegliches Gut Platz greifen könne, ist nothwendig, daß derjenige, gegen welchen der Titel zum Pfandrechte erworben worden ist, auch als Eigenthümer der unbeweglichen Sache in dem öffentlichen Buche angeschrieben sey. — Nach dem Tode des Eigenthümers kann die Einverleibung einer von demselben herrührenden Verbindlichkeit so lange angesucht werden, als der Erbe desselben der Eigenthümer des von dem Erblasser überkommenen Gutes ist, worauf die Einverleibung angesucht wer-

1) Siehe des Herrn Dr. Hillepraudt's Darstellung der Verfassung des Hypothekenwesens im Herzogthume Salzburg. Wagn. Zeitsch. 1828, V. Heft, S. 513 — 515.

den soll. Sobald aber das Eigenthum an einen Dritten übergehet, kann die Eintragung einer solchen Verbindlichkeit, wenn sich dieselbe auch auf eine landtafelmäßige Urkunde gründete, nicht mehr Statt finden. — Den Gläubigern eines Universalerben kann die Pränotation ihrer Forderungen auf das, in der ererbten Verlassenschaft befindliche landtäfliche Gut oder Capital, auch vor der an den Universalerben erfolgten gerichtlichen Einantwortung bewilligt werden, wenn erstens die letztwillige Anordnung bey der Landtafel eingetragen, und zweytens einer solchen Pränotation jedes Mahl die ausdrückliche Clausel eingeschaltet wird, daß dieselbe den bey Abhandlung der Verlassenschaft sich äußernden Sprüchen und Anforderungeu nicht nachtheilig, für den Pränotirten aber in Anbetracht des erwirkenden Pfandrechtes nicht eher wirksam seyn soll, als bis an seinen Schuldner die gerichtliche Einantwortung der Verlassenschaft geschehen seyn würde, da denn dergleichen Pränotirte unter sich nach der Zeitordnung in das Pfandrecht einzutreten haben [1]). Ob und wie fern der Gläubiger selbst befugt sey, die Einverleibung seines Schuldners als Eigenthümer zu erwirken, ist bereits bey §. 432, Nr. 2 vorgekommen.

8) Hat Jemand bloß die Pränotirung seines Eigenthumsrechtes auf eine unbewegliche Sache erwirkt, so scheinen sowohl gegen seinen Vormann, als gegen ihn selbst Einverleibungen von Pfandrechten erwirkt werden zu können, jedoch mit dem Erfolge, daß, wenn in der Folge die Pränotirung gerechtfertiget wird, dadurch alle gegen den Pränotationswerber erwirkten Pfandrechte in volle Wirksamkeit treten, wogegen eben dadurch auch die gegen den früheren Eigenthümer erwirkten Einverleibungen ipso facto als ungültig zerfallen. Denn durch die geschehene Pränotirung des Eigenthumsrechtes wird ein zweifelhafter Zustand herbeygeführt, und es wird ungewiß, wer als Eigenthümer der Realität anzusehen sey. Bey diesem zweifelhaften Zustande scheinen die gegen die als Eigenthümer noch an der Gewähr stehende Person angesuchten Einverleibungen nicht zurück-

1) Landtafelpatent für Böhmen u. Mähren §§. 10 u. 21. Vergl. §. 822 des b. G. B.

gewiesen werden zu können, weil derselben die Eigenthumsrechte noch nicht abgesprochen werden können. Allein ob ihr ein Eigenthumsrecht zukomme oder nicht, hängt von dem Umstande ab, ob in der Folge die Pränotirung gerechtfertiget wird, oder nicht. Geschieht das erstere, so wird es außer Zweifel gesetzt, daß dieser Person zur Zeit der angesuchten Einverleibung ein Eigenthumsrecht nicht mehr zustand, sohin müssen auch die nur unter dieser Voraussetzung erwirkten Einverleibungen von Pfandrechten zerfallen. Wird aber die Pränotirung nicht als gerechtfertiget erkannt, und daher das Eigenthumsrecht des Vormannes aufrecht erhalten, so bleiben ganz natürlich auch die erwirkten Einverleibungen aufrecht. — Wird die Pränotirung gerechtfertiget, so wird der Pränotirungswerber von der Zeit des eingereichten Vormerkungsgesuches für den wahren Eigenthümer gehalten (§. 438). Es scheinen daher auch die gegen den Pränotirungswerber angesuchten Einverleibungen und Pränotirungen nicht zurückgewiesen werden zu können, weil den Pfandgläubigern das Recht nicht benommen werden kann, ihre Pfandrechte für den Fall, als es sich in der Folge zeigen wird, daß dem Pränotirungswerber wirklich das Eigenthumsrecht zustehe, zu realisiren. — Dabey versteht es sich von selbst, daß, wenn es sich durch den abgeführten Rechtsstreit zeigt, daß dem Pränotirungswerber das Eigenthumsrecht nicht zustehe, auch diese, nur unter dieser Voraussetzung erwirkten, Belastungen zerfallen.

9) Wird das Einverleibungsgesuch des neuen Eigenthümers zugleich mit dem Gesuche eines Gläubigers des früheren Eigenthümers um Einverleibung eines Pfandrechtes bey dem Einreichungsprotocolle übergeben, so hat der Einreichungsprotocollist diesen Umstand zu bemerken, und es sind von der Behörde beyde Gesuche zu bewilligen. Denn was das Einverleibungsgesuch des neuen Eigenthümers anbelangt, ist gar kein gesetzlicher Grund vorhanden, dasselbe abzuweisen; aber auch das Gesuch des Gläubigers kann nicht abgeschlagen werden, weil in dem Momente, als dasselbe eingereicht wurde, der frühere Eigenthümer noch nicht aufgehört hat, Eigenthümer zu seyn. Beyde, der neue Eigenthümer und der Pfandrechtswerber, erwerben ihre Rechte

gleichzeitig, und sohin kann der erstere den letzteren nicht ausschließen, und da sie verschiedene Rechte auf eine und die nähmliche Sache ansprechen, wovon jedes für sich allein bestehen kann, so treten auch beyde in volle Wirksamkeit; der neue Eigenthümer erhält dadurch sein ausschließendes Eigenthumsrecht, und der Pfandrechtswerber das angesuchte Pfandrecht.

§. 452.

Erwerbung des Pfandrechtes c) durch symbolische Uebergabe.

Bey Verpfändung derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand zulassen, muß man sich, wie bey der Uebertragung des Eigenthums (§. 427), solcher Zeichen bedienen, woraus Jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann. Wer diese Vorsicht unterläßt, haftet für die nachtheiligen Folgen.

1) So wie bey Erlangung des Eigenthumsrechtes jene beweglichen Sachen, welche eine körperliche Uebergabe von Hand zu Hand nicht zulassen, auf eine *symbolische* Art durch Zeichen übergeben werden können, so gestattet das Gesetz ein Gleiches, wenn es sich um Verpfändung solcher Gegenstände handelt. — Auch hier muß sich aber solcher Zeichen bedient werden, woraus Jedermann leicht (ohne auffallende Sorglosigkeit) das einem Dritten eingeräumte Pfandrecht wahrnehmen kann. Dergleichen Zeichen sind oben (§. 427) angegeben worden. Die Zweckmäßigkeit anderer von den Parteyen gewählten Zeichen zu beurtheilen, muß, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, nach Beschaffenheit der Gegenstände und übrigen Umstände dem unparteylichen Ermessen des Richters überlassen werden. — Ich will nun, um die Beurtheilung des Richters zu erleichtern, mehrere einzelne Gegenstände durchgehen, und bey ihnen die Frage zu erörtern versuchen, wie und auf welche Weise in Bezug auf sie die symbolische Uebergabe zur Constituirung eines Pfandrechtes hierauf geschehe.

2) Ich beginne mit den *ausstehenden* Forderungen. Bey diesen muß unterschieden werden, ob hierüber Urkunden

ausgestellt worden sind, und ob diese ausgestellten Urkunden auf einen bestimmten Nahmen lauten, oder auf jeden Inhaber gestellt sind. Ist das letztere der Fall, so nehmen die Schuldforderungen selbst, wie ich bereits bey Erläuterung des §. 292 zu zeigen versucht habe, ganz die Natur körperlicher Sachen an, indem mit der Uebergabe des Schulddocumentes auch zugleich die Forderung selbst abgetreten wird. Lauten die über ausstehende Forderungen ausgestellten Urkunden auf eine bestimmte Person, so geschieht die Verpfändung der Forderung gleichfalls durch die körperliche Uebergabe dieser Urkunden. Auch ist die Bekanntmachung der geschehenen Verpfändung an den Schuldner zwar nicht zur Erlangung des Pfandrechtes, welches in dem Augenblicke, da die Urkunde verpfändet und übergeben worden ist, anfängt, wohl aber zur Verhinderung jeder weiteren Zahlung von dem Schuldner an den Verpfänder nothwendig, weil außerdem der Gläubiger keinen Anspruch an den Schuldner machen kann, wenn derselbe, aus Mangel der Wissenschaft von der Verpfändung, redlicher Weise das Capital an den Verpfänder bezahlt hat. Ebenso kann eine ausstehende Forderung, worüber ein auf eine bestimmte Person lautendes Instrument vorhanden ist, Mehreren verpfändet werden, in welchem Falle in dem Originalschuldscheine die weitere Verpfändung bemerkt werden muß. — Wenn bares Geld oder Forderungen, worüber die ausgestellten Schuldscheine in der Depositencasse sich befinden, verpfändet werden sollen, so kann diese Verpfändung durch eine Anmerkung in den Depositenbüchern vor sich gehen. Der Verpfänder muß aber, nach meiner Ueberzeugung, selbst um die Anmerkung ansuchen. Sucht der Gläubiger allein darum an, so kann diese Anmerkung selbst in dem Falle nicht bewilliget werden, als der Gläubiger eine vollen Glauben verdienende Urkunde beybrächte, in welcher ihm der Pfandgeber die ausdrückliche Befugniß zu dieser Anmerkung in den Depositenbüchern einräumte. Denn diese Urkunde enthielte immer nur den Titel zum Pfandrechte; das Pfandrecht selbst würde erst durch die wirkliche Anmerkung in den Depositenbüchern erworben. Sucht der Pfandgeber selbst um diese Anmerkung an, so vollzieht sie der

Richter nur in seinem Nahmen, und es ist eben so viel, als wenn der Eigenthümer selbst diese Anmerkung machen würde; sucht aber der Gläubiger darum an, so müßte ihm hier eigentlich der Richter das Pfandrecht einräumen, welches er aber nur in Folge eines Urtheiles oder Vergleiches, oder in den Fällen thun kann, wo es ihm gestattet ist, zur Deckung der Forderung des Gläubigers die Execution bis zur Sicherstellung zu bewirken. — Sollen Activforderungen, über welche kein Instrument vorhanden ist, verpfändet werden, so ist die Bekanntmachung an den Schuldner derselben dazu nothwendig. Diese kann sowohl von dem Verpfänder als dem Pfandgläubiger geschehen. In dem ersten Falle verpflichtet dieselbe unter allen Umständen den Schuldner; im letzteren Falle aber entsteht für den Schuldner keine Verbindlichkeit, sich nach der Bekanntmachung des Gläubigers zu richten, dafern er nicht von der Richtigkeit der geschehenen Verpfändung überzeugt wird. — Auch solche Forderungen, welche in dem öffentlichen Buche eingetragen sind, können, nach meiner Ueberzeugung, durch Uebergabe der Schuldocumente gültig verpfändet werden. Nur wird in diesem Falle dem Gläubiger bloß die Forderung verpfändet; er erlangt dadurch kein Afterpfand auf die Sache, auf welche die Forderung eingetragen ist. Was in Collisionsfällen zwischen dem Gläubiger, welcher bloß durch Uebergabe der Schuldurkunde ein Pfandrecht auf die Forderung erlangt hat, und dem, welcher sein Afterpfandrecht in das öffentliche Buch eintragen ließ, Rechtens sey, wird unten bey Erläuterung des §. 454 näher besprochen werden.

3) Bey Verpfändung von Gesammtsachen muß unterschieden werden, ob die Gesammtsache eine solche ist, die auf den Wechsel ihrer einzelnen Bestandtheile berechnet ist, oder nicht. — Im ersten Falle soll und kann das Pfandrecht nur auf das Ganze, als solches, nicht aber auf die einzelnen Theile sich erstrecken. Der Kaufmann, der sein Waarenlager verpfändet, ist daher nicht verhindert, einzelne Waaren zu veräußern; nur ist er verpflichtet, dafür wieder andere Waaren anzuschaffen, und der Gläubiger ist nicht berechtiget, gegen denjenigen, der eine solche

Waare an sich gebracht hat, mit einer Pfandklage aufzutreten. — Das Zeichen, das in dem Falle der Verpfändung mit dem Waarenlager in Verbindung gesetzt wird, muß daher von der Art seyn, daß derjenige, dem in der Folge das Waarenlager verkaufet, oder weiter verpfändet werden soll, von der früheren Verpfändung in Kenntniß gesetzt werde. — Werden aber solche Gesammtsachen, deren einzelne Theile auf den Wechsel nicht berechnet sind, verpfändet, so muß das Zeichen von der Art seyn, daß jeder einzelne Theil als in die Verpfändung gezogen erscheine, weil hier das Pfandrecht auf jeden einzelnen Theil wirken soll; z. B. wenn ein Gelehrter seine Bibliothek verpfändet. In diesem Falle müßte also jedes einzelne Buch mit einem Verpfändungszeichen versehen werden, welches z. B. bey einer Bibliothek leicht durch eine Aufschrift am ersten Bande jedes Werkes bewerkstelliget werden kann. — Das Zeichen bey Verpfändung eines Waarenlagers könnte darin bestehen, daß an dem Hauptmagazine, wo sich die Waaren in Aufbewahrung befinden, eine Aufschrift des Inhaltes, daß die Waarenvorräthe verpfändet seyen, angebracht, oder dasselbe mit zwey Schlössern versehen, zu welchem einem der Pfandgläubiger den Schlüssel in Händen hätte, mit dessen Intervenirung dann die Waaren aus diesem Magazine in das Handgewölbe übertragen würden. Eben so könnte bey Verpfändung einer Heerde ein ähnliches Zeichen an dem Stalle angebracht werden. Sind die Waaren in einem, mehreren Kaufleuten gemeinschaftlichen Magazine befindlich, so scheint es zu genügen, wenn der Eigenthümer des Magazines, oder dessen bestellter Aufseher von der Verpfändung durch eine von dem Verpfänder ausgestellte schriftliche Urkunde, unterrichtet wird, da nur mit dessen Einverständnisse eine Ausfolglassung Platz greifet. — Sind die Waaren unter öffentlicher Aufsicht in Magazinen oder Niederlagen befindlich; so kann die Verpfändung derselben dadurch geschehen, daß der Pfandgeber den über die geschehene Ablieferung erhaltenen Schein dem Gläubiger zustellet, welcher dafür zu sorgen hat, daß die geschehene Verpfändung dem zur Aufsicht über dergleichen Verwaltungsörter bestellten Beamten bekannt gemacht werde. — Waaren, die in der Zurichtung

oder auf dem Transporte sind, können durch Ausantwortung der darüber in den Händen des Verpfänders befindlichen Contracte, oder anderer das Eigenthum derselben begründender Urkunden, verpfändet werden. Des Gläubigers Sache wird es seyn, denjenigen, in dessen Verwahrung sie sich befinden, hievon in Kenntniß zu setzen. Auf diese Weise können auch Waaren, die in der Zurichtung, auf der Bleiche, in der Färberey oder bey dem Tuchscherer sich befinden, durch Ausantwortung der von den Inhabern darüber ausgestellten Empfangsscheine (Marken) und durch die Bekanntmachung an diese Inhaber verpfändet werden.

4) Sachen, welche bereits Jemanden als Pfand körperlich übergeben wurden, können auf eine symbolische Art wieder weiter verpfändet werden, wenn der Pfandgeber den von dem Gläubiger erhaltenen Empfangsschein seinem zweyten Gläubiger übergibt, und zugleich der erstere von dieser Verpfändung in Kenntniß gesetzt wird. — Die in öffentlichen Leihhäusern aufbewahrten Versatzstücke werden gewöhnlich von den Eigenthümern durch Ausantwortung der von der Leihanstalt ausgefertigten „Versatzzettel" wieder weiter verpfändet.

5) Bey Beurtheilung, ob die gewählten Verpfändungszeichen hinreichend seyen, oder nicht, scheinet mit größerer Strenge in dem Falle vorgegangen werden zu müssen, wenn mehrere auf die nähmliche Sache ein Pfandrecht erlangt haben, als wenn dieses nicht der Fall ist, und es sich in Concursfällen bloß um die Frage handelt, ob der Forderung die zweyte Classe einzuräumen sey oder nicht. Denn im ersteren Falle handelt es sich um die Rechte eines für die Sicherstellung seiner Forderung besorgten Gläubigers, der, von dem unzureichend befundenen Kennzeichen der Verpfändung irre geführt, die Sicherheit da suchte, wo sie, wenn die Verpfändung als gültig angenommen wurde, nicht mehr zu finden war; in dem letzteren Falle aber um die Rechte jener Gläubiger, welchen wegen ihrer Unbesorgtheit die Verpfändung auch in dem Falle unbekannt geblieben wäre, wenn wirklich ein passenderes Zeichen erwählt worden wäre.

6) Durch eine Erklärung des Eigenthümers, daß derjenige, welcher die fremde Sache bisher ohne ein dingliches Recht inne

hatte, sie künftig als ein Pfand in seiner Gewahrsame behalten soll, kann ohne Zweifel, wie schon Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, ebenfalls ein Pfandrecht erlangt werden, weil sie eine Uebergabe in der Kürze ist, und nicht minder die Verpfändung andeutet, als wenn die Sache dem Eigenthümer zurückgestellt, und von demselben neuerdings übergeben worden wäre. Da übrigens selbst das Eigenthum einer Sache dadurch an Jemanden übertragen werden kann, wenn der Veräußerer auf eine erweisliche Art seinen Willen an den Tag legt, daß er die Sache künftig im Nahmen des Uebernehmers inne habe, so scheint auch die Erklärung des Gläubigers, daß sein Schuldner die Sache, die er ihm zu verpfänden Willens ist, in seiner eigenen Gewahrsame als ein Pfand bewahren soll, auch zur Erwerbung des Pfandrechtes hinzureichen, und in diesem Falle die nähmlichen Rechtswirkungen einzutreten, als wenn der Gläubiger das ihm bereits übergebene Pfand mit Vorbehalt seines Pfandrechtes an den Schuldner wieder zurückgestellt hätte. — Hier ist eine zweyfache Uebergabe in Kürze vorhanden (§. 467).

§. 453.

d) Durch die Vormerkung.

Findet die Einverleibung einer Forderung in die öffentlichen Bücher wegen Mangels gesetzmäßiger Förmlichkeit in der Urkunde nicht Statt, so kann sich der Gläubiger vormerken (pränotiren) lassen. Durch diese Vormerkung erhält er ein bedingtes Pfandrecht, welches, wenn die Forderung auf die oben §§. 438 und 439 angeführte Art gerechtfertiget worden ist, von dem Zeitpuncte des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches in ein unbedingtes übergeht.

1) Welche Förmlichkeiten eine Urkunde haben müsse, wenn sie zur bücherlichen Einverleibung geeignet seyn soll, ist oben vorgekommen. Zugleich wurde dabey bemerkt, daß einige dieser

Förmlichkeiten den Zweck haben, die Liquidität der Forderung außer Zweifel zu setzen, andere aber den Titel zum Pfandrechte auszuweisen. — Mangelt nun der Urkunde eine aus diesen Förmlichkeiten, so ist sie zur Einverleibung nicht geeignet. Damit aber der Gläubiger wegen des Abganges einer bloßen Förmlichkeit nicht um die Sicherheit seiner Forderung komme, hat der höchste Gesetzgeber durch Einführung des Rechtsinstitutes der Pränotirung Vorsorge getroffen. Die Wesenheit dieses Rechtsinstitutes besteht darin, daß dadurch nur ein bedingtes Pfandrecht erworben wird, dessen Wirksamkeit erst von Erfüllung der bestimmten Bedingung abhängig gemacht wird. — Kömmt die Bedingung in Erfüllung, dann kömmt das Pfandrecht auf eben jene Art zur Wirksamkeit, als wenn gleich ursprünglich eine einverleibungsfähige Urkunde vorgelegen wäre; ist aber dieses nicht der Fall, so fällt alles Pfandrecht in der Art weg, als wenn der Gläubiger ursprünglich schon mit seinem Gesuche hintan gewiesen worden wäre.

2) Damit der Gläubiger die Pränotirung verlangen könne, muß er, so wie der Eigenthümer, eine glaubwürdige Urkunde für sich haben, durch welche er seine Forderung zu bescheinigen im Stande ist. — Zur Classe dieser glaubwürdigen Urkunden scheinen hier alle jene gerechnet werden zu müssen, welche, nach den Vorschriften der Gerichtsordnung, einen ganzen oder wenigstens halben Beweis machen. Darunter gehören eigenhändig geschriebene und unterschriebene Schuldscheine, die entweder von keinem Zeugen gefertiget sind, oder in welchen die Intabulationsbefugniß mangelt, Auszüge aus Handlungs- und Gewerbsbüchern, Briefe, trockene und förmliche Wechsel u. s. w. — Auf bloße, mit keiner derley Urkunden unterstützte Klagen oder Ansuchen, oder auch auf Zeugnisse, Weisartikel oder angebothene Eide kann aber der Pränotation für keinen Fall Statt gegeben werden [1]).

3) Die erwirkte Pränotirung muß von dem Pränotirungswerber gerechtfertiget werden. Diese Rechtfertigung geschieht entweder durch eine nachträglich beygebrachte einverleibungsfähige Urkunde, in welcher sich der Eigenthümer erkläret, die Präno-

1) Vergleiche Hofdecret vom 21. July 1797; J. G. S. Nr. 360.

tirung für gerechtfertiget anzuerkennen, oder durch Ueberreichung einer förmlichen Klage, welche gegen denjenigen, gegen welchen die Vormerkung erwirkt wurde, gerichtet seyn muß. In diesem Falle fragt es sich, welch' innere Eigenschaften diese Klage haben müsse? — Nach den Vorschriften unserer Gerichtsordnung ist es außer Zweifel, daß jeder Kläger in seiner Klage das Factum umständlich zu erzählen habe, aus welchem er sich das angesprochene Recht erwachsen zu seyn erachtet. Die Anführung eines bestimmten Factums und ein bestimmtes Begehren sind sohin wesentliche Eigenschaften einer jeden Klage, sohin auch der Pränotirungs-Rechtfertigungsklage. — Wenn man nun erwägt, daß der Zweck dieser Rechtfertigungsklage kein anderer ist und seyn kann, als sich wegen einer Forderung ein Pfandrecht auf ein unbewegliches Gut zu verschaffen, so springt es auch in die Begriffe, daß das wesentliche Petitum der Klage darin bestehe, daß der Richter das Pfandrecht auf eine unbewegliche Sache zuerkenne, oder, was auf eines hinausläuft, daß er die erwirkte Pränotirung nunmehr für gerechtfertiget erkenne, und daß sohin die darin zugleich auf die wirkliche Zahlung der Schuld gestellte Bitte keine wesentliche Eigenschaft der Pränotirungs-Rechtsfertigungsklage ausmache, um so weniger, als mit dem Begehren um Sicherstellung nicht auch immer nothwendig das Begehren um Zahlung verbunden ist. — Die Pränotirungs-Rechtfertigungsklage wird nur subsidiarisch in dem Falle angebracht, wenn der pränotirten Urkunde irgend ein Erforderniß zur gleich zu bewerkstelligenden Einverleibung derselben mangelt; es kann daher der Zweck, der dadurch erreicht werden soll, kein anderer seyn, als jene Lücke auszufüllen, welche die Verfasser der pränotirten Urkunde in Bezug auf dieselben sich zu Schulden kommen ließen. Da nun, wie bereits früher erwähnt worden, die Förmlichkeiten einer einverleibungsfähigen Urkunde einen doppelten Zweck haben, nähmlich: entweder die Liquidität der Forderung selbst außer allen vernünftigen Zweifel zu setzen, oder den Titel zum Pfandrechte darzuthun, — so ergibt sich aus dieser Betrachtung die natürliche Folge, daß auch die Pränotirungs-Rechtfertigungsklage lediglich dahin gerichtet seyn könne, entweder die Li-

quidität der Forderung selbst, oder den Titel zum Pfandrechte zu erweisen, je nachdem nähmlich eine Förmlichkeit mangelt, die zu dem einen oder andern Zwecke vorgeschrieben ist. — Ist daher z. B. die Urkunde von dem Aussteller und zwey Zeugen unterfertigt, das unbewegliche Gut, worauf die Einverleibung geschehen soll, genau bezeichnet, und auch die Befugniß zur Einverleibung ausdrücklich eingeschaltet, kommt aber darin der Rechtsgrund nicht vor, aus welchem die Forderung entstanden ist, so mangelt derselben eine zur grundbücherlichen oder landtäflichen Liquidität vorgeschriebene Eigenschaft; es muß daher dieser Mangel dadurch ersetzt werden, daß diese Liquidität durch ein ordentliches Urtheil ausgesprochen werde, wo hingegen in dem Falle, als die Urkunde mit dieser Förmlichkeit versehen ist, auch, nebst dem Aussteller, zwey Zeugen auf der Urkunde unterfertiget erscheinen, dann der Tag und die Zeit des geschlossenen Geschäftes darin genau angegeben ist, in Ansehung der Liquidität der Forderung kein Bedenken mehr obwalten, und daher bey dem Mangel der übrigen Erfordernisse das Ziel der Rechtfertigungsklage nur dahin gerichtet seyn kann, daß durch Urtheil erkannt werde: dem Pränotirungswerber komme wirklich ein Titel zum Pfandrechte auf diejenige Realität zu, auf welche er die Pränotirung angesucht hat. — Es ist zwar kein Zweifel, daß derjenige, welcher in diesem Falle die erwirkte Pränotirung durch eine ordentliche Klage rechtfertiget, in dieser Klage auch neuerdings die Richtigkeit seiner Forderung selbst zu erweisen habe, weil nun einmahl wegen Mangel einer in der Urkunde vorhanden seyn sollenden wesentlichen Förmlichkeit die Frage: ob dem Kläger ein Pfandrecht gebühre? — überhaupt dem richterlichen Urtheilsspruche zu unterziehen ist, und jedes Pfandrecht eine gültige Forderung voraussetzt; nicht aber darum, weil dem Grundbuchsrichter die Liquidität der Forderung aus der Ursache, daß die Urkunde die Einverleibungsbewilligung nicht in sich enthält, welche von der Liquidität der Forderung unabhängig ist, zweifelhaft ist und seyn soll.

4) Aus dem bereits Gesagten ergibt sich das Resultat, daß dem Richter, um eine Pränotirung für gerechtfertiget zu er-

kennen, nicht genügen könne, daß durch die Pränotirungs-Rechtfertigungsklage die Richtigkeit der Forderung selbst außer Zweifel gesetzt werde, sondern daß auch der Titel zum Pfandrechte nachgewiesen werden müsse, welcher, wenn in der pränotirten Urkunde hievon selbst keine Erwähnung geschieht, dadurch gezeigt werden kann, daß dargethan werde, das Gesetz selbst habe für diesen Fall dem Pränotirungswerber einen Titel zum Pfandrechte auf die bezeichnete Sache eingeräumt, oder daß man z. B. durch Zeugen beweise, der Geklagte habe dem Kläger mündlich das Pfandrecht zugesichert u. s. w. — Es wäre wahrlich nicht abzusehen, warum in dem Falle, als bey dem Vorhandenseyn aller übrigen, zur grundbücherlichen Einverleibung nöthigen Erfordernisse nur das dem Gläubiger eingeräumte Befugniß zur Einverleibung in der Urkunde mangelt, eine Rechtfertigungsklage angebracht werden solle, in welcher nichts als die Liquidität der Forderung darzuthun wäre, da doch der Mangel dieses letzten Erfordernisses auf die Liquidität der Forderung selbst keinen Einfluß nehmen kann. — Ist die Forderung bereits fällig, und wird daher, was meistens der Fall ist, mit der Pränotirungs-Rechtfertigungsklage zugleich die Zahlungsklage in Verbindung gesetzt, so ist ohnehin ein gesetzlicher Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes vorhanden (§. 450 lit. f), und sohin muß die Pränotirung als gerechtfertigt erkannt werden. Ist aber die Forderung noch nicht fällig, und auch kein anderer Titel zur Erwerbung des Pfandrechtes vorhanden, so könnte sich das Petitum der Pränotirungs-Rechtfertigungsklage lediglich auf folgenden Syllogismus fußen: „Einer liquiden Forderung steht ein Titel zum Pfandrechte auf unbewegliche Sachen zu; — die Forderung ist liquid, folglich gebührt mir, Pränotirungswerber, das Pfandrecht auf das bestimmte unbewegliche Gut.“ Daß aber die Prämisse hier nicht richtig sey, wurde bereits bey Erläuterung des §. 449 gezeigt.

5) Die Worte des gegenwärtigen §. scheinen zwar dieser Ansicht entgegen zu stehen, indem selbe dahin lauten, daß der Pränotirungswerber durch die Vormerkung ein bedingtes Pfandrecht erhalte, welches, wenn die Forderung gerechtfertiget

worden ist, von dem Zeitpuncte des nach gesetzlicher Ordnung eingereichten Vormerkungsgesuches in ein unbedingtes übergeht. Daraus scheint klar hervorzugehen, daß in der Pränotirungs-Rechtfertigungsklage lediglich die Richtigkeit der Forderung dargethan werden müsse, und daß, wenn auf diese Art die Forderung selbst gerechtfertiget worden ist, derselben das Pfandrecht auch ohne weiters zuerkannt werden müsse. Allein der gegenwärtige §. muß, damit er deutlich begriffen werde, offenbar aus den §§. 438 u. 439 ergänzet werden, auf welche sich in dem Inhalte derselben, zur Vermeidung von Wiederhohlungen, ausdrücklich berufen wird. Er müßte daher, wenn er, abgerissen von diesen zwey Paragraphen, promulgirt würde, auf folgende Art stylisiret werden: „Findet die Einverleibung einer Forderung in die öffentlichen Bücher, wegen Mangels gesetzmäßiger Förmlichkeit in der Urkunde, nicht Statt, so kann sich der Gläubiger vormerken (pränotiren) lassen. Durch diese Vormerkung erhält er ein bedingtes Pfandrecht, welches, wenn der Gläubiger binnen vierzehn Tagen, vom Tage der erhaltenen Zustellung der geschehenen Vormerkung, eine ordentliche Klage zum Erweise des ihm gebührenden Pfandrechtes einreicht, und er auf diese Art und Weise seine Forderung rechtfertiget, von dem Zeitpuncte des eingereichten Vormerkungsgesuches in ein unbedingtes übergeht. Würde der Gläubiger binnen der oben erwähnten vierzehn Tage diese Klage nicht einreichen, so soll die bewirkte Vormerkung auf Ansuchen des Gegners gelöscht werden. Wird der gegenwärtige §. aber auf die vorgezeichnete Art umschrieben, so wird bald ersichtlich, daß der Begriff „Forderung" im Eingange desselben mit dem Begriffe der Forderung, wo dieser Ausdruck am Schlusse dieses §. erscheint, keineswegs identisch sey, und nur in der Voraussetzung, daß das Wort Forderung, wo es zum zweyten Mahl in dem gegenwärtigen §. vorkommt, von dem Gesetzgeber in dem nähmlichen Sinne genommen worden sey, in welchem er das gleiche Wort im Ein-

gange dieses §. genommen hat, kann die gegentheilige Meinung aufrecht bestehen. In der ersten Bedeutung ist das Wort „Forderung" offenbar gleichbedeutend mit dem Worte „Schuldforderung", in welcher Bedeutung der Ausdruck „Forderung" auch in den §§. 449, 451, 459 u. 471 vorkömmt; und in dem zweyten Falle heißt das Wort „Forderung" so viel, als „Pfandrechtsforderung", wie dieses aus dem Contexte dieses Paragraphes, so wie er aus §. 439 ergänzt worden ist, und ergänzt werden muß, klar hervorgehet. — Denn in dem Falle, als z. B. der Schuldner gegen die Richtigkeit der noch nicht fälligen Schuld nicht das Mindeste einwendet, sondern sich nur gegen die Einräumung des Pfandrechtes auflehnt, kann ja das Petitum der Rechtfertigungsklage nur auf die Einräumung des Pfandrechtes gerichtet seyn, welches auch immer, wie schon früher gezeigt worden ist, das wesentliche Begehren der Pränotirungs-Rechtfertigungsklage ausmacht. — Die Rechtfertigung kann sich sohin in diesem Falle auch nicht auf die Liquidität der Schuldforderung, die bey dem ausdrücklichen, unwidersprechbaren Eingeständnisse des Schuldners einer Rechtfertigung gar nicht mehr bedarf, beschränken, sondern muß sich nothwendig auf den Erweis des Rechtes, wegen dieser Schuldforderung ein Pfandrecht ansprechen zu können, ausdehnen. Es wird selbst von denjenigen, welche die Meinung vertheidigen, daß in der Pränotirungs-Rechtfertigungsklage lediglich die Richtigkeit der Schuldforderung dargethan werden müsse, zugegeben, daß der Partey frey stehe, sich zu bedingen, daß zur Deckung der Forderung (wenigstens ohne offene Gefahr) keine Vormerkung Platz greifen solle. Setze man nun den Fall, daß Jemand die Vormerkung einer Schuldpost erwirke, sein Gegner in der der Rechtfertigungsklage entgegengestellten Einrede die Richtigkeit der Forderung einbekenne, dagegen einen Brief des ersteren vorbringe, worin dieser ihm versprach, diese Forderung niemahls grundbüchlich vormerken zu lassen; — wie soll nun der Richter entscheiden? Soll er die Pränotirung für gerechtfertiget erkennen oder nicht? — Nach der Meinung meiner Gegner könnte er sie nicht für gerechtfertiget erkennen, und wer wollte wohl in diesem Falle auch

das Gegentheil behaupten? — Dessenungeachtet widerspricht auch diese Behauptung dem Wortlaute des §. 453, in so fern der Ausdruck „Forderung" immer gleichbedeutend mit dem Ausdrucke „Schuldforderung" genommen wird; denn nach demselben beruht Alles einzig auf dem Umstande, ob der Richter die Forderung für gerechtfertiget erkenne oder nicht; erkennt er die Forderung für gerechtfertiget, so gehet, nach Vorschrift des §. 453, ipso facto das bedingt erworbene Pfandrecht in ein unbedingtes über, und der Richter würde sich offenbar mit der gesetzlichen Vorschrift entzweyen, wenn er die Forderung für gerechtfertiget, die Pränotirung aber dessenungeachtet für nicht gerechtfertiget erkennen würde. Nach der Auslegung, welche die Gegner dem gegenwärtigen §. geben, fließt daher aus dem Wortlaute desselben mehr, als sie selbst haben wollen; und schon dieser Umstand scheint gegen die Richtigkeit der Auslegung selbst einiges Bedenken zu erregen.

Die Wahrheit der Behauptung, daß der Ausdruck „Forderung" nicht auf Schuldforderung beschränkt werden dürfe, und vielmehr gleichbedeutend mit der „Pfandrechtsforderung" genommen werden müsse, wird durch folgende Bemerkung außer allen Zweifel gezogen. Setze man: Jemand habe seine Forderung bereits gerichtlich eingeklagt, und ein Zahlungsurtheil erwirkt; — um den drohenden Personalarrest von ihrem vermögenslosen Gatten abzuwenden, entschließt sich seine im Besitze einer Realität befindliche Gattinn dem Gläubiger, wegen dieser Schuld ihres Ehegatten, eine Hypothek einzuräumen. In der hierüber ausgefertigten Hypothek-Bestellungsurkunde wird aber übersehen, selbe von zwey Zeugen unterfertigen zu lassen; der Gläubiger kann sohin dieselbe nicht zur Einverleibung vorlegen, sondern muß sich mit dem Ansuchen um Pränotirung begnügen. — Kann nun der Zweck der Pränotirungs-Rechtfertigungsklage dahin gehen, die Liquidität seiner Forderung, worüber er bereits ein rechtskräftiges Urtheil in Händen hat, zum zweyten Mahle zu erweisen? — und kann sohin unter dem Ausdrucke: „der Gläubiger habe seine Forderung zu rechtfertigen," etwas Anderes verstanden werden, als daß er zu erweisen habe, ihm gebühre wegen dieser

Forderung ein Pfandrecht auf die Realität der Ehegattinn seines Schuldners? —

In dem Landtafelpatente für Böhmen und Mähren wird sich nicht des Ausdruckes: „die Forderung rechtfertigen" bedient, sondern es heißt daselbst: „die Pränotation rechtfertigen"; und man kann gewiß nicht behaupten, daß der höchste Gesetzgeber sich in dem Civilgesetzbuche eines anderen Ausdruckes in der Absicht bedienet habe, um dießfalls eine Aenderung eintreten zu lassen, sondern es gehet vielmehr aus der ganzen Textirung des gegenwärtigen §. hervor, daß er in die Worte desselben keinen anderen Sinn hineinlegen wollte, als welchen das gedachte Landtafelpatent durch seine gewählten Worte aussprach.

6) Bey welchem Richter ist die Pränotirungs-Rechtfertigungsklage anzubringen? — Der Regel nach bey dem Personalrichter des Geklagten. Jedoch wurde schon früher (Hofdecret vom 23. October 1802, Nr. 581) von dieser Regel, in Ansehung der außer dem österreichischen Kaiserstaate befindlichen Ausländer, eine Ausnahme gemacht, welches erkläret, daß, da ein Ausländer in Rücksicht eines Realvermögens als ein Unterthan zu achten ist, dem Pränotirungswerber freystehe, die wider ihn einzureichende Rechtfertigungsklage entweder bey dem Personalrichter in dem Aufenthaltsorte des Schuldners, oder aber bey demjenigen anzubringen, welchem der Geklagte unterworfen wäre, wenn er sich in derjenigen Provinz befände, in welcher das mit der Pränotirung belastete Gut gelegen ist. — Eine neuere Verordnung sagt aber Folgendes [1]): Um, zu mehrerer Befestigung des Privatcredites, den auf unbeweglichen Gütern versicherten Gläubigern die Verfolgung ihrer Rechte gegen abwesende Schuldner zu erleichtern, und selbst im Falle des veränderten Aufenthaltes und Gerichtsstandes des Besitzers der Hypothek alle Schwierigkeiten in der Eintreibung der Schuld zu beseitigen, wird diesen Pfandgläubigern das Recht eingeräumt, wegen jeder, den öffentlichen Büchern einverleibten, oder darin vorgemerkten (pränotirten) Schuldforderung, ohne Rücksicht auf den Wohnort

1) Hofdecret vom 8. October 1819; J. G. S. Nr. 1611.

des Schuldners, bey demjenigen Gerichte Klage anzubringen, welchem der Letztere nach seinen persönlichen Eigenschaften unterworfen seyn würde, Falls er da, wo das verpfändete Gut liegt, seinen Wohnsitz hätte. Dem zu Folge soll der Gläubiger, dessen Schuldner sich außer dem Jurisdictionsbezirke dieses Gerichtes aufhält, die Wahl haben, sich des ihm durch die gegenwärtige Verordnung eingeräumten Rechtes zu bedienen, oder den Schuldner bey desselben ordentlichem Richter zu belangen." —

7) Die Pränotirungs-Rechtfertigungsklage muß binnen vierzehn Tagen, und zwar vom Tage der erhaltenen Zustellung des Notificationsbescheides über die erwirkte Pränotation, überreichet werden. In dem Falle, wo das Pränotirungsgesuch und die Klage bey zwey verschiedenen Richtern überreicht worden ist, muß sich der Pränotirungswerber vor dem Richter, wo die Pränotirung erwirket worden ist, ordentlich ausweisen, daß er die Klage in der gehörigen Zeit, das ist, binnen vierzehn Tagen, bey seines Schuldners persönlichem Richter eingebracht habe, und selbe der Ordnung nach fortsetze; nur dem Fiscus bleibt unbenommen, seine Rechtfertigungsklage auch bey dem Landrechte, nähmlich jener Instanz anzubringen, die in allen Real- und Personalgeschäften active und passive dessen privilegirter Richter ist. — Wenn der Pränotirungswerber die zur Rechtfertigung erforderliche Klage in der vorgeschriebenen Zeitfrist von vierzehn Tagen nicht einreichen könnte, dagegen aber durch glaubwürdige Urkunden einen Verhinderungsfall gegründet darzuthun im Stande wäre, so steht ihm zu, vor Verfließung der zur Einbringung dieser Klage bestimmten Frist eine Erweiterung anzusuchen, die ihm von dem Richter, der Ordnung nach, in so weit zu bewilligen ist, als derselbe darzuthun vermag, daß er, das Hinderniß zu heben, sich habe angelegen seyn lassen, und daß solches ohne sein Verschulden fortwähre [1]). Uebrigens gelten hier die nähmlichen Bemerkungen, die bey dem §. 439, Nr. 4, gemacht worden sind.

8) Ist wegen der vorgemerkten Forderung binnen der gesetzlichen Frist die Rechtfertigungsklage nicht überreicht worden,

1) Hofdecret vom 15. Nov. 1796; J. G. S. Nr. 324.

so muß die Vormerkung auf Ansuchen des Schuldners gelöscht werden. Indessen steht kein Hinderniß entgegen, daß eine auf diese Art und Weise gelöschte Forderung auf Anlangen des angeblichen Gläubigers neuerlich pränotirt werden könne. In einem solchen Falle ist jedoch nicht nur das durch die frühere Vormerkung erworbene bedingte Pfand- und Vorrecht verloren, und aller Anspruch auf Vergütung der durch diese erste Pränotirung veranlaßten Kosten erloschen, sondern dem Besitzer des Gutes bleibt auch unbenommen, durch Aufforderung des Gläubigers eine gerichtliche Entscheidung über desselben angebliche Forderung zu erwirken, und damit weiterer Wiederhohlung des Vormerkungsgesuches vorzubeugen [1]).

9) Ist die Frist zur Ueberreichung der Rechtfertigungsklage ohne Verschulden des Pränotirungswerbers verstrichen, so kann eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erwirket werden; allein niemahls kann die erwirkte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Landtafel- oder Grundbuchssachen den mittlerweiligen Vorkehrungen zum Nachtheile gereichen, auch der Regel keinen Abbruch thun, daß das Vorrecht demjenigen gebühre, der die frühere Vormerkung bey der Landtafel angesucht und erwirket hat [2]).

10) Wenn auf die Rechtfertigungsklage über die Richtigkeit der Forderung und das Recht der darüber erwirkten Pränotirung das rechtskräftige Urtheil geschöpft worden ist, so ist dasselbe auf des einen oder anderen Theiles Ansuchen von dem Richter, bey welchem die Verhandlung gepflogen worden ist, dem Landrechte oder der Grundobrigkeit mitzutheilen, damit dieses den Auftrag an das Landtafel- oder Grundbuchsamt erlasse, die Ingrossirung des Urtheils, und gemäß dessen in dem Hauptbuche entweder die Löschung der aberkannten Vormerkung, oder die Einverleibung der zuerkannten Rechtfertigung derselben vorzunehmen [3]).

11) Auch zur Vornahme einer bloßen Pränotation ist nothwendig, daß die Urkunde in Originali vorgelegt werde. — Soll-

1) Hofdecret vom 20. Juny 1813; J. G. S. Nr. 1168.
2) Hofdecret vom 8. Jänner 1795; J. G. S. Nr. 213.
3) Vergleiche Landtafelpatent für Böhmen und Mähren §. 18, lit. I.

te aber die Originalurkunde, aus der die Vormerkung begehrt wird, darum nicht beygebracht werden können, weil sie eben bey einer andern Gerichtsbehörde vorgelegt werden mußte, so ist es zur Bewilligung dieser Vormerkung genug, wenn eine vidimirte Abschrift beygebracht, und das Original bey der wirklichen Pränotation nachgetragen wird [1]).

12) Ein noch nicht in Rechtskräfte erwachsenes Urtheil kann zur einstweiligen Sicherheit des obsiegenden Theiles zwar nicht intabulirt, aber wohl pränotirt werden. Zur Rechtfertigung der Pränotirung bedarf es aber hier keiner besondern Klage mehr, sondern es ist lediglich abzuwarten, bis das Urtheil entweder durch die unterlassene Appellation oder Revision, oder durch das bestätigende obergerichtliche Urtheil in die Rechtskraft erwächst. — Wenn nun dieses erfolgt, so wird die Rechtfertigung der Pränotirung lediglich durch ein Executionsgesuch bewirket [2]).

§. 454.

Erwerbung eines Afterpfandes.

Der Pfandinhaber kann sein Pfand, in so weit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden, und in so fern wird es zum Afterpfande, wenn zugleich letzterer sich dasselbe übergeben, oder die Afterverpfändung auf das Pfandrecht in die öffentlichen Bücher eintragen läßt.

1) Nach §. 448 kann jede Sache als Pfand dienen, die im Verkehre steht. — Unter Sachen werden aber nicht nur die Wesen, welche einen Körper haben, und sohin in die Sinne fallen, sondern auch unkörperliche, d. i. Rechte, begriffen. Jedes Recht also, welches seiner Natur nach nicht auf die Person des Berechtigten eingeschränkt und dazu geeignet ist, daß der Gläubiger aus der Veräußerung desselben seine Befriedigung erlangen kann, ist zur Verpfändung geeignet. Hierunter gehören nun

1) Vergleiche Landtafelpatent für Böhmen und Mähren §. 16. lit. a.
2) Hofdecret vom 24. December 1793; J. G. S. S. 446.

ganz vorzüglich die Pfandrechte selbst; denn die Sicherheit, die dem Gläubiger aus seinem Pfandrechte erwächst, kann derselbe auch dazu benützen, um seinem eigenen Gläubiger eine Sicherstellung für seine Forderung zu verschaffen. Man nennt diese Verpfändung, weil sie der Zeit und Ordnung nach auf eine andere folgt, eine Afterverpfändung, und die Sache ein Afterpfand [1]).

2) So wie aber bey jeder Verpfändung zu dem rechtmäßigen Titel die dem Gegenstande anpassende Art der Uebergabe hinzutreten muß, so ist dieses ganz natürlich auch bey der Afterverpfändung nothwendig. Wird daher eine bewegliche Sache als Afterpfand bestellet, so muß die Sache körperlich, oder, nach Umständen, symbolisch übergeben werden (§. 451 u. 452); ist die Sache unbeweglich, so geschieht die Afterverpfändung durch die Eintragung derjenigen Urkunde, worauf sich die Afterverpfändung gründet, in das öffentliche Buch, und durch die sogenannte Superintabulation oder Anmerkung dieser Verpfändung in dem Hauptbuche bey der Nummer des ursprünglich eingetragenen Hypothekarrechtes. Hat die Urkunde, worauf das Afterpfandrecht sich gründet, nicht jene Eigenschaften, daß sogleich mit der Einverleibung vorgegangen werden könnte, so findet, nach Maßgabe der bey dem vorigen §. entwickelten Bedingungen, die Pränotirung Statt.

3) Da Niemand mehr Recht auf Jemanden übertragen kann, als er selbst hat, so kann auch der Pfandinhaber nur dasjenige Recht, was er selbst hat, an einen Dritten übertragen. Er kann daher das Pfand nur für eine der Quantität und Qualität nach gleiche oder mindere Forderung in gleicher Eigenschaft abtreten. — Hat z. B. der A von dem B für eine Schuld von 100 fl. ein Handpfand erhalten, welche Schuld mit 1. Jänner 1832 zahlbar ist, so kann er dieses Pfand einem Dritten, z. B. dem C für eine gleiche Forderung per 100 fl., welche gleichfalls mit 1. Jänner 1832 fällig ist, weiters verpfänden, und sohin auch für eine Forderung, die weniger beträgt, oder nach dem 1. Jan-

1) Siehe Zeiller's Commentar.

ner 1832 zu zahlen ist, nicht aber für eine Forderung, die mehr beträgt, oder früher fällig wird. Denn der A hat kein Recht, vor dem 1. Jänner 1832 die Feilbiethung des Pfandes zu verlangen; er würde aber durch die Afterverpfändung der Sache für eine bereits früher fällige Forderung seinem Gläubiger das Recht einräumen, die Feilbiethung des Pfandes auch vor dem 1. Jänner 1832 zu verlangen (§. 461), was er, gezeigter Maßen, selbst nicht hat. Ist die Forderung, wofür das Afterpfand gegeben wird, später fällig, so geht dadurch dem Schuldner des Afterverpfänders kein Nachtheil zu, denn er ist entweder von der weiteren Verpfändung benachrichtigt worden oder nicht. Im letzteren Falle kann er seinen Gläubiger befriedigen, und er ist nach geschehener Befriedigung berechtiget, das Pfand auch von dem dritten Inhaber zurück zu verlangen; im ersteren Falle aber kann er den Schuldbetrag gerichtlich hinterlegen, wornach ihm gleichfalls das Pfand zurückgestellt werden muß.

4) In so fern aber der Pfandinhaber das ihm hier gesetzlich eingeräumte Recht bey der Afterverpfändung überschreiten würde, so muß man bey Beurtheilung der Rechtsfolgen dieser Ueberschreitung unterscheiden, ob der Inhaber des Afterpfandes den Afterverpfänder aus *schuldloser Unwissenheit* für den Eigenthümer des ihm anvertrauten Handpfandes gehalten habe, oder ob dieses nicht der Fall ist. Im ersteren Falle kann dieser sein Pfandrecht auch in Hinsicht des Mehrbetrages oder der lästigeren Bedingung in Ausführung bringen. — Das Gesetz enthält zwar hierüber keine ausdrückliche Vorschrift für diesen speciellen Fall; aber er ist ohne Zweifel in der allgemeinen Vorschrift des §. 456 begriffen. — Der Eigenthümer des Pfandes hat dießfalls lediglich das Recht, die Entschädigung von seinem Glaubiger zu begehren. — Im letzteren Falle dagegen würde sich der Inhaber des Afterpfandes, in Rücksicht des übersteigenden Betrages oder der lästigeren Bedingungen, nicht an den Eigenthümer des Pfandes, oder vielmehr an das Pfand selbst, sondern nur an den Afterverpfänder halten können.

5) Das Gesetz spricht hier bloß von Verpfändung des bereits Jemanden zustehenden Pfandrechtes, nicht von Verpfän-

dung der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht bestellt worden ist. Doch waltet zwischen beyden in manchen Beziehungen ein selbst an practischen Folgen nicht ganz unwichtiger Unterschied ob, der, so viel wenigstens mir zur Kenntniß kam, noch in keinem Werke oder Abhandlung herausgehoben worden ist. — Zur vorläufigen Andeutung der practischen Interessen dieses Unterschiedes finde ich vor Allem darauf aufmerksam zu machen, daß es Fälle geben könne, wo das Pfandrecht erlischt, die Forderung aber dessenungeachtet aufrecht besteht (§§. 467 u. 468); dann daß das persönliche Recht der Forderung verschieden von dem Rechte sey, das dem Gläubiger aus dem Pfandrechte zusteht. Ist daher das Pfandrecht allein, nicht auch die Forderung mitverpfändet, so muß auch ganz natürlich mit Aufhören des ursprünglichen Pfandrechtes das Afterpfandrecht erlöschen. — Besteht das Pfand in einer beweglichen Sache, so ist der Unterschied auffallend. — Setzen wir z. B. den Fall: der A sey dem B 100 fl. schuldig, zu deren Sicherheit er ihm ein Handpfand gibt; B gibt dieses Handpfand für eine gleiche Schuld dem C zum Afterpfande. — Geht nun die Sache, die als Pfand gegeben wurde, zu Grunde, so hat der C kein Pfandrecht mehr. Hätte der von dieser Verpfändung Verständigte seinen Gläubiger B in der Zwischenzeit befriedigt, so hätte der C offenbar kein Recht, von dem A zu verlangen, daß er die Schuld noch ein Mahl bezahle, welches allerdings der Fall wäre, wenn ihm mit dem Pfandrechte zugleich die Forderung des B, welche er an den A zu stellen hatte, verpfändet worden wäre. — Darum kann auch der Pfandgläubiger Jemanden sein Pfand, und einem Andern seine Forderung verpfänden, da die Verpfändung der Forderung selbst durch Uebergabe des Schuldbriefes geschieht (§. 452). Es sollen nun die hieraus entstehenden Rechtsfolgen in Bezug auf jene Fälle, wo das Pfand in einer beweglichen Sache besteht, kurz näher erörtert, und sich dadurch der Weg zur Anwendung der dießfalls geltenden Grundsätze auf unbewegliche Pfandgüter, bey denen sich schwierigere Verwickelungen ergeben können, gebahnet werden.

6) Wird Jemanden von dem Gläubiger das erhaltene Pfand, einem Anderen die Forderung, für welche es gegeben worden ist, verpfändet, so lassen sich folgende Fälle unterscheiden. — Entweder übersteigen die beyden Forderungen, für welche der Gläubiger seine eigene Forderung, und das erhaltene Pfand weiter verpfändet hat, letztere, oder sie übersteigen sie nicht. Im letzteren Falle kann sich zwischen den beyden Pfandgläubigern eine Collision nicht leicht ergeben. Im ersteren Falle dagegen wird die Sache bedenklich. Man setze den Fall: der Gläubiger A habe für ein dem C gegebenes Darleihen von 100 fl., einen auf diesen Betrag ausgestellten Schuldschein, und dann auch eine goldene Repetiruhr als Handpfand erhalten. Er nimmt nun von dem B einen gleichen Betrag von 100 fl. als Darleihen auf, und verpfändet demselben hiefür den vom C erhaltenen Schuldschein. In der Folge erhält er von dem D in gleicher Eigenschaft 100 fl., wofür er ihm die als Pfand erhaltene goldene Repetiruhr gleichfalls als Pfand übergibt. — In diesem Falle wird der ursprüngliche Schuldner beyde 100 fl. bezahlen müssen, wenn er sich von seiner Schuld frey machen, und zugleich sein Pfand zurück erhalten will, vorausgesetzt, daß der letzte Gläubiger, welchem das Afterpfand übergeben worden ist, von der früheren Verpfändung der Forderung keine Wissenschaft hatte. Denn der Gläubiger, dem die Forderung verpfändet worden ist, hat das Recht, aus derselben seine Befriedigung zu suchen, und er kann zu diesem Zwecke sich entweder die Forderung einantworten lassen, oder selbe zur Versteigerung bringen; in beyden Fällen wird nun an die Stelle des ersteren ein anderer Gläubiger eintreten, wo dann das Recht des erstern Gläubigers auf das Pfandstück erlöschen würde. — Sein Pfandrecht war daher auf die Zeit eingeschränkt, als er selbst noch Eigenthümer der Forderung bleiben würde; allein für den Afterpfandnehmer ginge das Pfandrecht mit dem zeitlichen Rechte des Afterpfandgebers auf die verpfändete Sache nur dann verloren, wenn ihm dieser Umstand bekannt gewesen wäre (§. 468), was nach der Voraussetzung der Fall nicht ist. — Hat aber der Afterpfandnehmer von der früheren Verpfändung der Forderung Wissen-

schaft, so weiß er auch, daß das Pfandrecht erlösche, sobald der Afterpfandgeber aufgehört hat, Eigenthümer dieser Forderung zu seyn; er hat daher von diesem Augenblicke an kein Recht mehr auf dieses übergebene Pfandstück. — Hat derjenige Gläubiger, dem die Forderung verpfändet worden ist, von der Afterverpfändung des Pfandstückes Kenntniß, so weiß er auch, daß der ursprüngliche Schuldner das Recht habe, seine Schuld gerichtlich zu hinterlegen, und daß er sich durch diese Hinterlegung seiner Schuld entledige, wornach ihm, Gläubiger, kein Forderungsrecht mehr an den Schuldner zustehet. Das Rechtsverhältniß der beyden Pfandgläubiger gegen einander in diesem Falle wird bey Erläuterung des folgenden §. erörtert werden.

7) Auch bey auf unbeweglichen Sachen haftenden Schuldforderungen muß man die Verpfändung der Forderung von der Verpfändung des Pfandrechtes selbst unterscheiden. Es steht nähmlich nichts im Wege, daß derjenige, welcher eine intabulirte Schuldforderung besitzt, das persönliche Recht der Forderung durch die Uebergabe des intabulirten Schuldbriefes allein weiter gültig verpfänden könne. — Diese Verpfändung der intabulirten Forderung, mit bloßer Uebergabe des Schuldbriefes und ohne Superintabulation der Forderung, um derer willen die Activ-Schuldforderung des Verpfänders verpfändet wird, wird die Folge haben, daß, so lange kein anderer Gläubiger die Superintabulation erwirkt, dem Pfandinhaber das Recht zustehet, sich aus der intabulirten Forderung zahlhaft zu machen, und dieser daher auch im Falle des über das Vermögen seines Schuldners ausbrechenden Concurses, in Ansehung der verpfändeten Activ-Forderung, in die zweyte Classe versetzt werden muß. — Ihm wird daher auch das Pfandrecht, welches dem Verpfänder in Hinsicht dieser Activforderung zukömmt, zu Guten kommen. — Es kann ihm aber dieses Pfandrecht, zu dem er, wie nachstehend gezeigt werden wird, nur einen Titel hat, entzogen werden, wenn sein Schuldner in die Extabulation williget. — Daß ihm ein Afterpfandrecht auf die Realität, worauf die Forderung intabulirt ist, nicht zustehen könne, ergibt sich aus der Anordnung des gegenwärtigen §., nach welchem ein Afterpfand auf unbe-

wegliche Sachen nur durch Eintragung der Afterverpfändung auf das Pfandrecht in den öffentlichen Büchern erworben wird; daß ihm aber ein Titel zum Afterpfande zustehe, ergibt sich daraus, weil das Pfandrecht ein Accessorium der verpfändeten Schuldforderung ist, und daher in dem Pfandvertrage, wodurch der Schuldner dem Gläubiger das Pfandrecht auf diese intabulirte Forderung einräumet, auch das derselben zustehende Pfaudrecht begriffen ist. — Es wird daher derselbe auch das Recht haben, die Superpränotation des Afterpfandrechtes anzusuchen, welches er mit Ausweisung des geschlossenen Pfandvertrages zu rechtfertigen im Stande ist. — Wird aber einem Anderen gleichfalls der Titel zum Pfandrechte eingeräumt, und dieser bewirkt dann auch die Superintabulation früher, als Jener um die Superpränotation angesucht hat, so wird das durch die bloße Uebergabe des Schuldscheines erwirkte Pfandrecht wirkungslos werden. Denn der Schuldner jener Forderung, welche zwey Mahl verpfändet worden ist, kann nicht verhalten werden, dieselbe auch zwey Mahl zu bezahlen; er wird sich daher, indem ihm das Rechtsverhältniß der beyden Pfandgläubiger unter sich nichts angehet, durch die gerichtliche Hinterlegung von seiner Schuld befreyen können; daß aber in diesem Falle derjenige Pfandgläubiger, der die Superintabulation erwirkt hatte, auf den hinterlegten Betrag Anspruch habe, wird bey Erläuterung des nachfolgenden §. gezeigt werden.

8) Ein besonderes Rechtsverhältniß, das einer näheren Erörterung würdig ist, kann dann entstehen, wenn eine Schuldpost auf mehreren Realitäten intabulirt erscheint, und auf jede derselben besondere Superintabulationen erwirkt werden. Setzen wir: der A habe eine Forderung an B, welche auf drey unter verschiedene Grundobrigkeiten gehörige Realitäten intabulirt ist. — Nun erwirkt ein Gläubiger des A die Superintabulation seiner Forderung auf die auf dem Gute C, ein anderer Gläubiger auf die auf dem Gute D, und ein dritter eine solche auf die auf dem Gute E einverleibte Forderung des A. — Was ist nun wohl in so einem Falle Rechtens? — Ist die Forderung

des A conjunctim auf allen drey Realitäten des B eingetragen [1]), so hat die Entscheidung dieses Falles keine Schwierigkeit. — Jedem der drey Supersatzgläubiger wird nun in diesem Falle ein doppeltes Pfandrecht zustehen, nähmlich ein unmittelbares Pfandrecht auf die intabulirte Forderung selbst, und dann ein Afterpfandrecht auf die Realität, worauf die Forderung intabulirt ist. In ersterer Hinsicht kann jeder dieser Gläubiger die Feilbiethung der Forderung selbst im Executionswege erwirken; aus dem Erlöse derselben müssen dann alle auf diese Forderung superintabulirten Gläubiger ihre Befriedigung, und zwar nach Maßgabe der Zeit, als sie um die Superintabulation ansuchten, erhalten; in letzterer Hinsicht kann, wegen des ihm zustehenden Afterpfandrechtes, jeder Gläubiger auch gegen den Eigenthümer der verpfändeten Realitäten mit der Hypothekarklage auftreten, und auf diesem Wege die Feilbiethung derselben erwirken. — In so weit aber aus dem Kaufschillinge der veräußerten Realität die Forderung des A auf was immer für eine Weise bezahlt wird, wird diese vermindert, und in eben dem Maße muß daher auch die auf den übrigen Realitäten haftende Pfandlast verringert werden. — Daher muß auch in diesem Falle auf die Zeit, wann jeder der Gläubiger die Superintabulation erwirkt hat, Rücksicht genommen werden, weil der später eingetragene Gläubiger den Rechten der früher intabulirten keinen Eintrag thun kann. — Ist aber die Forderung des A auf den berührten drey Realitäten nicht conjunctim eingetragen, und daher in den öffentlichen Büchern nicht ersichtlich, daß die nähmliche Forderung auf mehreren, und auf welchen Realitäten intabulirt ist, so kann kein Supersatzgläubiger, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt hat, dadurch verkürzet werden, und jeder wird sein Afterpfandrecht ohne Rücksicht auf die übrigen Pfandgläubiger in Ausführung bringen können. Denn, wenn eine Forderung auf mehreren Realitäten intabulirt ist, so haftet jede derselben für die ganze Forderung, und es kann somit aus jeder Realität die Bezahlung verlangt werden. Rich-

1) Man sehe über diesen Begriff die Erläuterung des §. 367, Nr. 2.

tig ist es zwar, daß der Eigenthümer der verpfändeten Realitäten dadurch, daß die Forderung aus dem Kaufschillinge einer Realität befriediget wird, seiner Verpflichtung gegen seinen Gläubiger vollkommen entsprochen hat; allein zur Aufhebung der Hypothek ist die Tilgung der Schuld nicht hinreichend; ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuld aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist (§. 469). Gelöscht kann sie aber nicht werden, weil bereits dritte Personen Rechte auf das Hypothekargut erworben haben. Dem Eigenthümer der verpfändeten Realitäten würde in diesem Falle nichts anderes erübrigen, als gegen seinen Gläubiger die Entschädigungsansprüche zu realisiren.

§. 455.

Wird der Eigenthümer von der weiteren Verpfändung benachrichtiget, so kann er seine Schuld nur mit Willen dessen, der das Afterpfand hat, dem Gläubiger abführen, oder er muß sie gerichtlich hinterlegen, sonst bleibt das Pfand dem Inhaber des Afterpfandes verhaftet.

1) Die Wirkung und Absicht der Afterverpfändung ist, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, daß der Inhaber des Afterpfandes aus dem Betrage, welchen der ursprüngliche Pfandbesteller seinem Gläubiger in der gehörigen Zeitfrist zu bezahlen hat, die Befriedigung, welche seinem Schuldner zunächst obliegt, erhalten, widrigen Falls aber sich dieselbe aus dem Pfande verschaffen könne. Dazu ist aber nothwendig, daß der Pfandinhaber den Pfandeigenthümer von der Afterverpfändung benachrichtige, und ihn dadurch aufmerksam mache, die Zahlung nicht seinem unmittelbaren Gläubiger, sondern ihm, Pfandinhaber, in dem gebührenden Maße zu leisten. Würde der Pfandinhaber diese Vorsicht außer Acht lassen, so hätte er es sich lediglich selbst zuzuschreiben, wenn der Schuldner, der von dem Rechte desselben keine Kenntniß hat, und in so fern das Pfand eine bewegliche Sache ist, auch nicht leicht Kenntniß davon haben kann, seinen unmittelbaren Gläubiger befriedigte, und er hätte somit

für jeden Fall dem ursprünglichen Schuldner und resp. Pfandeigenthümer die Folgen dieser Außerachtlassung zu verantworten, sohin Entschädigung zu leisten, welche, nach §. 1323 des b. G. B., dadurch geschieht, daß Alles in den vorigen Stand zurückversetzt werde, woraus von selbst folgt, daß er dadurch sein Pfandrecht aufgeben müßte. — Würde aber, umgekehrt, der Pfandeigenthümer, der Verständigung ungeachtet, die Zahlung seinem nächsten Gläubiger, und nicht dem Pfandinhaber entrichten, so bliebe das Pfand aus seinem Verschulden dem letzteren noch immer verhaftet. — Für den Fall, als der Pfandeigenthümer gegen die Bezahlung der Schuld an den Pfandinhaber Bedenken trüge, stünde Jenem frey, den Schuldbetrag gerichtlich zu deponitiren.

2) Diese Vorschrift des Gesetzes, wegen Verständigung des Eigenthümers, versteht sich sowohl für den Fall, als das Pfand eine unbewegliche, wie für den, wenn es eine bewegliche Sache ist. — Es scheint zwar, daß die oben berührten Folgen dieser Unterlassung bey auf unbewegliche Sachen erwirkten Afterpfandrechten nicht Platz greife, weil das Hofdecret vom 29. August 1818 (J. G. S. 1488), welches dem Landrechte und den Grundbuchsbehörden die Verständigung der Interessenten zur Pflicht macht, ausdrücklich sagt, daß die Landrechte und Grundbuchsbehörden dafür verantwortlich seyen, daß die Zustellung mit dem erforderlichem Ernste betrieben, und sich der Vollziehung der hierüber erlassenen Verordnung gehörig versichert werde; der in die öffentlichen Bücher eingetragene Besitzer eines dinglichen Rechtes jedoch zu keiner Zeit über die geschehene Zustellung den Beweis zu führen verbunden, und daraus allein, daß die Zustellung nicht vorschriftmäßig geschehen sey, kein Anlaß genommen werden könne, die durch die öffentlichen Bücher erworbenen Rechte zu bestreiten. Allein diese Verordnung redet eigentlich nur von der Zustellung an diejenigen Personen, deren Rechte durch die grundbüchliche Eintragung unmittelbar afficiret werden. Dieses gehet aus dem §. 2 hervor, wo es heißt, daß die Zustellung ganz unterbleiben könne, wenn sich der ergangene Bescheid auf eine von den Parteyen persönlich vor der Grundobrigkeit abgegebene Erklärung, auf Urtheile oder andere den

Theilnehmenden ohnehin bekannte öffentliche oder gerichtliche legalisirte Urkunden gründet. Die Vorschrift des Gesetzbuches wegen besonderer Verständigung des Pfandeigenthümers bey der Afterverpfändung, und des Schuldners bey der Cession (§. 1395) sind dadurch nicht aufgehoben.

3) In dem Falle, als mehrere auf den nähmlichen Schuldbetrag Anspruch machen, wird der Schuldner den streitigen Betrag deponitiren, und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit der Regel nach frey machen. — Dieses wäre insbesondere der Fall, wenn, wie im vorigen §. erwähnt worden ist, der eine Gläubiger den intabulirten Schuldbrief als Pfand in Händen hätte, während der andere mit seiner Forderung, die er gegen den Gläubiger des Schuldners zu stellen hatte, in dem öffentlichen Buche superintabulirt wäre. — In diesem Falle treten nun diese zwey Pfandgläubiger in einen Rechtsconflict, bey welchem jedoch der erstere das Kürzere ziehen müßte. — Denn derjenige, welcher im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher gehandelt hat, kann hier nicht zu Schaden kommen. — Derjenige, dem bloß der intabulirte Schuldbrief als Pfand eingehändigt worden ist, muß wissen, daß er durch die bloße Einhändigung des Schuldbriefes kein Recht auf die Realität erlange, worauf die Schuld intabulirt ist, und daß derjenige, welcher ein Afterpfand auf die Realität erlangt hat, das vorzügliche Recht habe, sich aus dem Betrage, welchen der ursprüngliche Pfandbesteller seinem Gläubiger in der gehörigen Zeitfrist zu bezahlen hat, seine Befriedigung herzuhohlen. — Aus dieser Bemerkung ist auch das oben Nr. 6 angeführte Rechtsverhältniß zwischen den beyden Pfandgläubigern zu beurtheilen.

4) Eine Ausnahme, daß sich der Pfandeigenthümer durch die gerichtliche Hinterlegung des intabulirten Schuldbetrages von seiner Verbindlichkeit ganz befreyen könne, tritt in dem Falle ein, wenn der Schuldbetrag auf mehreren Realitäten (nicht conjunctim) intabulirt ist, von welchem Falle bereits im vorigen §. Erwähnung geschah. Er wird sich aber von den üblen Folgen, die aus dieser Simultanhypothek für ihn entstehen können, dadurch zu sichern im Stande seyn, wenn er gleich, als

er von einer Afterverpfändung in Kenntniß geräth, bey den übrigen Hypotheken die Eintragung seines Rechtes auf Löschung, für den Fall, als der Supersatzgläubiger die Bezahlung aus der andern Hypothek erlangt, erwirket, was durch eine kluge Einleitung nicht fehlschlagen kann.

5) Wenn derjenige, welcher das Pfandrecht auf eine seinem Schuldner verpfändete Sache erwirbt, keine Kenntniß hat, daß dem Schuldner die Sache nur verpfändet worden ist, und denselben vielmehr in gutem Glauben für den Eigenthümer der Sache ansieht, so kann er auch natürlich die Verständigung des Pfandeigenthümers nicht einleiten. — Es fragt sich nun, was in dem Falle Rechtens sey, wenn der letztere inzwischen seinen Gläubiger befriedigt hätte? — Nach meiner Ansicht tritt hier der im nachstehenden §. berührte Fall der Verpfändung einer fremden Sache ein, und es muß daher der Pfandeigenthümer den redlichen Pfandinhaber schadlos halten, oder das Pfand fahren lassen, und sich mit dem Ersatzrechte gegen den Verpfänder begnügen. — Bey unbeweglichen Sachen kann dieser Fall nicht eintreten, indem die öffentlichen Bücher den Eigenthümer des Pfandes hinreichend bezeichnen.

§. 456.

Verpfändung einer fremden Sache.

Wird eine fremde bewegliche Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers verpfändet, so hat dieser in der Regel zwar das Recht, sie zurück zu fordern; aber in solchen Fällen, in welchen die Eigenthumsklage gegen einen redlichen Besitzer nicht Statt hat (§. 367), ist er verbunden, entweder den redlichen Pfandinhaber schadlos zu halten, oder das Pfand fahren zu lassen, und sich mit dem Ersatzrechte gegen den Verpfänder zu begnügen.

1) Es ist nicht nothwendig, daß gerade der Personalschuldner selbst seine eigenthümliche Sache für seine Schuld dem Gläu-

biger verpfände, es kann dieses auch ein Dritter für den Schuldner thun. Er hat zwar in diesem Falle, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt hat, keineswegs die Verpflichtungen des Bürgen auf sich, sondern er hat nur die Verpflichtung, zu gestatten, daß sich der Gläubiger, wenn er seine Befriedigung nicht zu rechter Zeit erhält, aus dieser Sache zahlhaft mache.

2) Da Niemand das Recht hat, über die Sache eines Andern, ohne dessen Einwilligung, zu verfügen, so kann auch der Schuldner eigenmächtig keine fremde Sache dem Gläubiger als Pfand übergeben; und wenn er dieses doch thut, so hat der Eigenthümer in der Regel das Recht, seine Sache selbst von dem redlichen Inhaber abzufordern, und ist nicht schuldig, selbe von ihm erst einzulösen. Ist aber die fremde Sache von einem Gewerbsmanne, welcher mit solchen Sachen Verkehr zu treiben befugt ist, oder von demjenigen, dem sie der Eigenthümer selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertraut hatte, verpfändet worden, und der Pfandinhaber hat keine Wissenschaft davon, daß die Sache dem Verpfänder nicht eigenthümlich gehöre, auch keinen hinreichenden Grund, dieses zu vermuthen (§. 368), so muß er sich die am Ende dieses §. ausgesprochene Rechtsfolge um so mehr gefallen lassen, als in diesen Fällen der Eigenthümer selbst das Eigenthum der von einem redlichen Besitzer an sich gebrachten Sache einbüßet. Daß der §. auf unbewegliche Sachen keinen Bezug habe, versteht sich von selbst.

§. 457.

Objectiver Umfang des Pfandrechtes.

Das Pfandrecht erstreckt sich auf alle zu dem freyen Eigenthume des Verpfändrrs gehörige Theile, auf Zuwachs und Zugehör des Pfandes, folglich auch auf die Früchte, in so lange sie noch nicht abgesondert und bezogen sind. Wenn also ein Schuldner einem Gläubiger sein Gut, und einem Andern später die Früchte desselben verpfändet, so ist die spätere Verpfändung nur in

Rücksicht auf die schon abgesonderten und bezogenen Früchte wirksam.

1) Nach der Erklärung und Bestellungsart eines Pfandes (§§. 446 — 456) geht das Gesetz auf die Wirkungen des Pfandrechtes über. Die Wirkungen des Pfandrechtes äußern sich sowohl in Beziehung auf die als Pfand gegebene Sache, als auch in Ansehung der Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers und Schuldners.

2) Die Wirkung des Pfandrechtes in Beziehung auf die Sache besteht darin, daß das dingliche Recht des Pfandgläubigers die ganze Sache mit allen Bestandtheilen und Zugehöre umfasset. Denn das Pfandrecht ist ein ungetheiltes Recht, das sich auf alle Theile der Sache erstrecket. Dieser hier von dem Gesetzgeber selbst ausgesprochene Satz ist mehr bey unbeweglichen, als bey beweglichen Sachen von Folgen und Bedeutung. Das dingliche Recht des Hypothekargläubigers umfaßt demnach das ganze Grundstück oder rentable Realrecht, alle Bestandtheile eines Gutscomplexes, deßgleichen alle zur Zeit der Eintragung des Hypothekarrechtes in die öffentlichen Bücher dabey befindlichen Pertinenzstücke, von denen in den §§. 294 — 297 gehandelt worden ist. Wenn daher ein Gutscomplex in mehrere Theile zerstückt werden soll, so ist kein Hypothekargläubiger schuldig, sich mit seiner Hypothek auf einzelne Grundstücke anweisen zu lassen, sondern es müßte, wenn eine gütliche Ausgleichung nicht getroffen werden könnte, die ganze Forderung auf jedes einzelne Grundstück übertragen werden.

3) Auch der An- und Zuwachs der Sache, er mag durch die Natur, oder durch die Handlung eines Menschen entstehen, worunter insbesondere die Verbesserungen der Sache, deßgleichen die auf dem verpfändeten Grunde vom Eigenthümer errichteten Gebäude begriffen sind, sind dem Hypothekarrechte der eingetragenen Gläubiger unterworfen. Hat ein Dritter darauf ein Gebäude errichtet, so fällt das Gebäude entweder dem Eigenthümer des Grundes zu, oder es erlangt der Bauführer das Recht, den Grund um den gemeinen Werth an sich zu lösen. Auf die

Rechte der eingetragenen Hypothekargläubiger hat der Umstand, ob die Bauführung von Seite des Eigenthümers selbst, oder eines Dritten geschehen ist, keinen Einfluß.

4) Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf alle Zugehörungen. Da aber eine bewegliche Sache so lange nur als Zugehör der unbeweglichen Sache zu betrachten ist, als sie mit selber in Verbindung steht, so hört auch das auf selbes dem Gläubiger gebührende Pfandrecht auf, wenn diese Pertinenzstücke veräußert, und sohin von der unbeweglichen Sache getrennt werden. Es kann daher auch dem Hypothekargläubiger gegen den dritten Besitzer beweglicher, vom Eigenthümer veräußerter Zugehörungen kein Anspruch zugestanden werden, theils, weil die Surrogate an die Stelle der vorigen Stücke treten, theils, weil es mit dem täglichen Verkehre und Betriebe aller Erwerbszweige ganz unvereinbar wäre. Dieses gilt von allen beweglichen Zugehörungen, sie mögen durch das Gesetz oder durch besondere Willenserklärung diese Eigenschaft erhalten haben, selbst von den auf dem unbeweglichen Gute befestigten, und deßwegen für unbeweglich geachteten Zugehörungen, wenn sie von der Sache getrennt und dann veräußert wurden. — Man möchte denken, daß die Erstreckung des Hypothekarrechtes auf bewegliche Zugehörungen fruchtlos sey, wenn der Gläubiger kein Klagerecht gegen deren dritten Besitzer hat; allein sie ist darum nicht ganz fruchtlos, denn sie äußert ihre Wirkungen im Concurs und bey der Execution im Verhältniß der Hypothekgläubiger zu andern Gläubigern, und es wird auch niemahls ganz an Objecten des Rechtes mangeln, da nur solche bewegliche Sachen für Zugehörungen erklärt sind, welche mit der unbeweglichen Sache in wesentlicher Verbindung stehen, und es kaum denkbar ist, daß diese von solchen Zugehörungen ganz entblößt werde [1]).

5) Eine besondere Betrachtung fordert der Fall, wenn mit einem Hauptgute eines Andern Immobile oder Realrecht als Bestandtheil derselben vereiniget wird. Geschieht es durch einen Tausch, oder zum Ersatz eines anderen davon getrennten Stü-

1) Siehe Gönners Commentar über das Hypothekengesetz 1. B., S. 359.

ckes, so kommen die nachfolgenden Bestimmungen in Anwendung. In andern Fällen haben die auf dem Hauptgute eingetragenen Gläubiger aus der physischen Vereinigung noch kein Recht auf das damit vereinigte Stück; sie erhalten es aber, wenn der Eigenthümer das neu erworbene Stück in dem Hypothekenbuche zu dem Hauptgute übertragen läßt. Ist das eine oder andere unbewegliche Gut, mit welchem die Vereinigung geschehen soll, schuldenfrey, so waltet in Ansehung der Hypothekargläubiger gegen die Vereinigung kein Anstand ob, da sie in einem solchen Falle an Sicherheit nur gewinnen. Sind aber beyde Immobilien belastet, so würde durch eine solche Vereinigung eine Verwirrung in den Hypothekarrechten entstehen, die kein Gläubiger sich gefallen lassen kann. In einem solchen Falle müßte daher zwischen den beyderseitigen Hypothekargläubigern eine billige Ausgleichung getroffen werden, widrigens könnte die Einverleibung beyder Immobilien in einen Landtafel- oder Grundbuchskörper nicht Platz greifen.

6) Ein Tausch von Grundstücken, bey welchen es sich bloß um Berichtigung streitiger Gränzen handelt, und um welchen es dem Eigenthümer zur besseren Bewirthschaftung seines Gutes zu thun ist, scheint von den intabulirten Gläubigern nicht verweigert werden zu können, wenn der Werth der eingetauschten Grundstücke dem der hintangegebenen gleich kommt. Denn der Gläubiger hat kein rechtliches Interesse an der Individualität der mit einem Gute verbundenen Grundstücke, sondern nur an dem Werthe derselben. Wenn daher durch diesen Tausch der Werth des ganzen Gutscomplexes nicht verringert wird, so erscheint das von dem Gläubiger erlangte Recht auf Sicherstellung nicht gefährdet, und es wäre traurig, wenn der Eigenthümer an der Verfügung mit seinem Eigenthume bloß durch Chikane gehindert werden könnte. Es zweifelt doch gewiß Niemand daran, daß der Besitzer eines Hauses oder anderen Gebäudes, worauf Schulden intabulirt sind, in dem Hause oder Gebäude Veränderungen unternehmen könne, wenn nur der Werth des Hauses dadurch nicht verringert wird; — warum sollte dem Eigenthümer eines Landgutes eine ähnliche Befugniß benommen werden? —

Auch im ersteren Falle hat der Pfandgläubiger ein Recht auf alle einzelnen Theile des Hauses, eben so gut, wie der auf ein Landgut einverleibte Pfandgläubiger ein Recht auf jedes einzelne Grundstück hat. — Bey bloßen Gränzberichtigungen scheint selbst eine Einberufung der Gläubiger gar nicht nothwendig; denn diese Gränzberichtigung setzt voraus, daß die Gränzen in den öffentlichen Büchern nicht mit Genauigkeit bezeichnet sind. Da aber der Gläubiger ein Pfandrecht auf eine unbewegliche Sache nur in so weit erlangt, als ihre Ausdehnung aus den öffentlichen Büchern zu ersehen ist, so ist kein Zweifel, daß der Eigenthümer das Recht habe, die in den öffentlichen Büchern zweifelhaft gelassenen Gränzen durch eigene Macht genauer zu bezeichnen und zu bestimmen.

7) Die Früchte, die aus einer Sache entspringen, sind zweyfach: Früchte im engeren Sinne des Wortes (natürliche Früchte) und Nutzungen. Die ersteren sind, so lange sie von Grund nnd Boden nicht abgesondert werden, als wahre Theile der Sache selbst anzusehen. Sind aber die Früchte vom Halme geschnitten, die Bäume gefällt, die Trauben vom Stocke gelesen, die Fische aus dem Wasser gezogen, die Jagdthiere gefangen und erlegt, so haben sie, Theil der Sache zu seyn, aufgehört, und werden nur in so weit mehr als ein Theil der Sache selbst angesehen, als sie zur Forsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes nothwendig sind. Auf gleiche Art sind Renten *nach* der Verfallszeit, wenn sie zugleich schon eingehoben sind, nicht mehr als ein Theil des Realrechtes zu betrachten; sind sie noch *nicht* eingehoben, so gleichen sie jenen natürlichen Früchten, welche zwar bereits zur Absonderung reif, jedoch noch nicht von der Sache abgesondert worden sind. Die Verfallszeit bringt die rechtliche *Möglichkeit* herbey, die Theile der unbeweglichen Sache von dieser abzusondern, und sie in bewegliches Vermögen zu verwandeln; aber die bloße Möglichkeit ist zur Wirklichkeit nicht genügend, sondern es muß noch der Act hinzutreten, der sie wirklich in bewegliches Eigenthum verwandelt. — Diese hier ausgesprochene Behauptung hat auch die Analogie des §. 330 offenbar für sich. Daß ausstehende Renten noch zur Sache selbst gehören, wird

in dem gegenwärtigen §. dadurch ausgedrückt, da es daselbst heißt, daß sich das Pfandrecht auch auf die Früchte, so lange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind, erstrecke. Der Ausdruck „bezogen" bezieht sich hier offenbar auf die Civilfrüchte der Sache. — Dagegen scheint der §. keinen Unterschied anzuerkennen, ob die Nutzungen bereits verfallen sind oder nicht. Allein abgesehen davon, daß die Analogie des §. 330 dagegen ist, spricht auch offenbar der §. 1102 den von mir angeführten Grundsatz, in Anwendung auf den speziellen Fall, aus, als die Nutzungen in Bestandzinsen bestehen; denn dort heißt es, daß sich der Bestandgeber zwar die Vorauszahlung des Bestandzinses bedingen könne; hat aber der Bestandnehmer mehr als eine Fristzahlung voraus geleistet, so könne er dieselbe nur in dem Falle, daß sie in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, den später eingetragenen Gläubigern entgegen setzen; — woraus folgt, daß zum Nachtheile der intabulirten Gläubiger an den Bestandgeber keine Vorauszahlung geleistet werden könne, welcher gesetzlichen Anordnung nur die Ansicht zum Grunde liegen kann, daß noch nicht verfallene Nutzungen noch zur Sache gehören, auf welche den intabulirten Gläubigern das Pfandrecht zustehet.

8) Das dem Gläubiger auf die noch nicht abgesonderten Früchte und nicht bezogenen Nutzungen zustehende Pfandrecht hindert jedoch den Eigenthümer nicht, die Früchte, wenn sie reif sind, abzusondern, und die verfallenen Nutzungen einzuheben. Der Gläubiger muß, wenn er sein ihm auch auf die Früchte zustehendes Pfandrecht realisiren, und dem Pfandschuldner das Recht, mit den Nutzungen der Sache zu disponiren, benehmen will, seine Forderung im ordentlichen Rechtswege einklagen, dann den erwirkten Spruch oder Vergleich zur Intabulation bringen, und zugleich um Aufstellung des Sequesters ansuchen, der die Früchte und Gefälle einzuheben hat. — Durch die von einem Gläubiger bewirkte Sequestration der Einkünfte einer Realität, sie möge im Executionswege oder als Sicherstellungsmittel erwirkt worden seyn, kann der schuldigen Abführung der Interessen von den auf die sequestrirte Realität bereits früher einver-

leibten Capitalien nicht der mindeste Abbruch geschehen, sondern sothane Interessen sind auch von dem Sequester, so weit die Einkünfte des sequestrirten Gutes zureichen, nach Ordnung der Priorität der Capitalien abzuführen, und kann der Sequestrationswerber seine Rechte nur in so weit geltend machen, als von den Einkünften des sequestrirten Gutes, nach Abzug der Interessen der auf selbem haftenden Capitalien, etwas erübriget [1]). Ist bereits von einem Gläubiger die Sequestration des Gutes erwirkt worden, und sucht noch ein anderer um dieselbe an, so kann sie ihm zwar nicht verweigert, jedoch durch diese spätere Bewilligung der frühere Sequestrationswerber in seinem dießfälligen Besitzrechte nicht beirret, und ihm, ohne seine Einvernehmung und Beystimmung, kein anderer Sequester aufgedrungen, oder die Person des Sequesters abgeändert werden, sondern es hat sich in einem solchen Falle die dem späteren Sequestrationswerber zu bewilligende Sequestration dahin zu beschränken, daß der bereits bestellte Sequester angewiesen werde, bey der Verwaltung des Gutes und Legung seiner Rechnung auch auf die weitere Sequestration Bedacht zu nehmen. Da durch die Sequestration die landtäflichen und grundbücherlichen Rechte der Gläubiger nicht beirret oder verändert werden, so hat sich übrigens jeder Sequester in Hinsicht der Verwendung der Einkünfte des sequestrirten Gutes nach Maßgabe des Hofdecretes vom 12. October 1790 zu benehmen [2]).

9) Die oben Nr. 2 aufgestellte Behauptung, daß sich das Pfandrecht auf die ganze Sache, sammt Früchten und Zugehörungen erstrecke, leidet jedoch die ganz natürliche Beschränkung, in so weit dem Verpfänder über die Bestandtheile der Hauptsache und die Zugehörungen das freye Verfügungsrecht zustehet. Sind zur Zeit der Verpfändung mehrere Eigenthümer der Sache, die verpfändet worden ist, vorhanden, so kann sich das Pfandrecht nur auf den Antheil des Verpfänders beziehen. Gebührt Jemanden ein Fruchtgenuß hierauf, und ist dieser Fruchtgenuß zugleich

1) Hofdecret vom 12. October 1790; J. G. S. Nr. 63.
2) Hofdecret vom 6. May 1814; J. G. S. Nr. 1035.

in die öffentlichen Bücher eingetragen, so kann sich natürlich das Pfandrecht nicht auf die Früchte ausdehnen. Ist aber dieser in den öffentlichen Büchern eingetragene Fruchtgenuß durch Ablauf der Zeit, oder den Tod des Nutznießers erloschen, oder sonst dem Besitzer der Sache angefallen, so erstreckt sich die Hypothek, Kraft des Gesetzes, auch auf denselben. Eben dieses ist der Fall, wenn die Früchte bereits verpfändet wären, wenn dem anderen Gläubiger das Pfandrecht auf das Gut selbst eingeräumt worden ist.

10) Wurden aber die Früchte später verpfändet, als dem anderen Gläubiger das Pfandrecht auf die Substanz des Gutes eingeräumt worden ist, so ist die spätere Verpfändung nur auf die schon abgesonderten und bezogenen Früchte gültig. Da indessen die Früchte durch die Absonderung und wirkliche Beziehung in bewegliche Sachen verwandelt werden, so muß auch der Gläubiger, um das Pfandrecht hierauf wirklich zu erwerben, sich diese Früchte entweder körperlich oder symbolisch übergeben lassen.

§. 458.

Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers: a) Bey Entdeckung eines unzureichenden Pfandes.

Wenn der Werth eines Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers, oder wegen eines erst offenbar gewordenen Mangels der Sache zur Bedeckung der Schuld nicht mehr zureichend befunden wird, so ist der Gläubiger berechtiget, von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu fordern.

1) Die Rechte und Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers, die das Gesetzbuch im gegenwärtigen §. abzuhandeln beginnt, ergeben sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller bereits bemerkte, aus dem Zwecke des Pfandes, wodurch dem Gläubiger Sicherheit, und, wenn die Verbindlichkeit nicht erfüllt wird, die Zahlung verschafft werden soll. Der Pfandgläubiger hat Rechte und Verbindlichkeiten *vor* der Verfallszeit der Forderung, und nach derselben. Die ersteren werden in dem gegenwärtigen und nächstfolgenden zwey Paragraphen, die übrigen in den §§. 461 — 466 abgehandelt.

2) Vor der Verfallszeit hat der Gläubiger das Recht zu verlangen, daß ihm die Sicherheit, welche das Pfand gewähren soll, nicht gemindert oder gar vereitelt werde. Sieht daher derselbe, daß der Schuldner solche Handlungen unternimmt, welche den Werth der verpfändeten Sache dergestalt zu vermindern drohen, daß ihm nicht mehr hinlängliche Sicherheit für seine Forderung erübrige, so kann er verlangen, daß dem Besitzer in seinen schädlichen Verfügungen Einhalt gethan werde. — Zwar meldet hievon das Gesetz ausdrücklich nichts, wie es z. B. das bayerische Hypothekengesetz §. 45 wortdeutlich verfügt. Allein ich glaube, daß dieses schon in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen begriffen sey; denn der §. 1305 sagt: wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen Anderen daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten. Daraus folgt e contario, daß der Eigenthümer einer verpfändeten Sache auch nur solche in seinem Eigenthumsrechte sich gründende Verfügungen treffen könne, welche die Rechte der Pfandgläubiger auf Sicherstellung ihrer Forderung nicht verletzen. Durch solche Handlungen, welche den Werth der Sache in dem bezeichneten Maße (§. 1374) zu verschlimmern drohen, wird der Pfandberechtigte im Besitze seines Rechtes auf Sicherstellung gestört, und Jedermann, der im Besitze eines Rechtes gestört wird, hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes zu fordern.

3) Hat aber der Pfandgläubiger von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht, und wird der Werth des Pfandes durch positive deteriorirende Handlungen des Pfandgebers, oder durch bloße Vernachlässigung, z. B. wenn er die Gebäude verfallen, die Aecker unangebaut läßt, oder durch was immer für ein Verschulden desselben dergestalt vermindert, daß es zur Bedeckung der Schuld nicht mehr hinreichend befunden wird, so ist der Pfandgläubiger berechtiget, von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu fordern. Ist der Schuldner nicht in der Lage, ein solches Pfand geben zu können, so scheint dem Gläubiger das Recht zuzukommen, seine Befriedigung noch vor der Verfallszeit zu fordern. Denn der Gläu-

biger ist in diesem Falle offenbar befugt, von seinem Schuldner, vorausgesetzt, daß er zugleich der Pfandgeber ist, die Sicherstellung seiner Forderung zu fordern, welches entweder durch Einräumung eines anderen Pfandes, oder dadurch geschehen kann, daß der Schuldner dem Gläubiger von seiner Forderung so viel zurückbezahlt, daß der Werth des bisherigen Pfandes zur Sicherstellung hinreicht. Kann nun der Schuldner das Erstere nicht thun, so müßte er sich für jeden Fall zur Zurückbezahlung eines Theils seiner Forderung entschließen, weil Jedermann den durch sein Verschulden einem Anderen zugefügten Schaden zu ersetzen hat (§. 1295). Der im vorliegenden Falle verursachte Schade aber besteht lediglich in dem Mangel der Sicherstellung, und der Ersatz des Schadens daher darin, daß die gesetzmäßige Sicherheit wieder hergestellt werde. — Nun ist aber, nach §. 1415, der Gläubiger nicht schuldig, die Zahlung einer Schuldpost theilweise anzunehmen. Es muß daher in diesem Falle der Schuldner, auf Verlangen des Gläubigers, seine ganze Schuld zurückbezahlen. Besitzt der Schuldner, außer dem bereits bestellten Pfande, bewegliche Sachen, welche als Pfand dienen können, und der Pfandgläubiger will auf ein oder mehrere derselben zur Ergänzung seiner Sicherheit greifen, so muß er, wenn sich der Schuldner oder Pfandgeber überhaupt nicht freywillig zur Uebergabe eines Pfandes herbeyläßt, mit einer ordentlichen Klage gegen ihn auftreten; besitzt aber der Schuldner noch zur Sicherstellung geeignete unbewegliche Sachen, so kann der Gläubiger ohne weiters sich hierauf pränotiren lassen, welche Pränotirung er ebenfalls mittelst einer ordentlichen Klage zu rechtfertigen hat. In der einen, wie in der anderen Klage hat er auszuweisen, daß der Werth des Pfandes durch Verschulden des Pfandgebers, und zwar in einem solchen Grade vermindert worden ist, daß es zur Bedeckung nicht mehr als zureichend angesehen werden kann.

4) Ist der Werth des Pfandes ohne Verschulden des Pfandgebers, sondern bloß durch einen Zufall vermindert worden, z. B. das verhypothecirte Haus wäre, durch den Blitz getroffen, abgebrannt, so pflegen einige zu unterscheiden, ob der Rechtstitel des Gläubigers auf die Einräumung des Pfandrechtes auf eine be-

stimmte Sache beschränkt sey oder nicht [1]). Im ersteren Falle gebühre dem Gläubiger kein Recht auf eine weitere Sicherstellung zu dringen, wohl aber im letzten Falle. — Nach meiner Meinung müssen folgende Fälle unterschieden werden. Hat der Schuldner oder der dritte Pfandgeber dem Gläubiger ausdrücklich mehrere Hypotheken eingeräumt, letzterer hat sich aber mit einer begnüget, weil er sah, daß sie ihm hinreichende Sicherheit verschaffe, so kann natürlich dem Gläubiger das Recht nicht benommen werden, das ihm auf die andere Sache eingeräumte Pfandrecht, auf welches er, wie ich voraussetze, nicht ausdrücklich Verzicht geleistet hat, nun zu verwirklichen. Hat derselbe aber nur alternative mehrere Pfandstücke eingeräumt, und daher dem Gläubiger lediglich die Wahl derselben überlassen, so kann letzterer, wenn der Werth des sich selbst gewählten Pfandes durch einen bloßen widrigen Zufall vermindert wird, keineswegs mehr die Uebergabe eines andern Pfandes fordern. Hat der Schuldner, wie es öfters geschieht, dem Gläubiger sein ganzes bewegliches und unbewegliches Vermögen als Pfand verschrieben, so scheint eine solche Verschreibung nicht dahin ausgedehnt werden zu können, daß der Gläubiger befugt seyn solle, seine Forderung auf alle Realitäten seines Schuldners intabuliren zu lassen, und allenfalls nebst diesen noch die Mobilien als Faustpfand zu sich zu nehmen, sondern es wird dadurch der Gläubiger nur berechtigt, von dem gesammten Vermögen seines Schuldners diejenigen auszuwählen, welche ihm nach Maßgabe des §. 1374 zur Sicherstellung dienen sollten.

§. 459.

b) Von dem Verfalle der Forderung.

Ohne Bewilligung des Pfandgebers darf der Gläubiger das Pfandstück nicht benützen; er muß es vielmehr genau bewahren, und, wenn es durch sein Verschulden in Verlust geräth, dafür haf-

1) Siehe Gonners Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern, 1. B., S. 236. Dieses Gesetz enthält nähmlich §. 12 eine dem gegenwärtigen §. des b. G. B. ganz ähnliche Bestimmung.

ten. Geht es ohne sein Verschulden verloren, so verliert er deßwegen seine Forderung nicht.

1) Aus dem Inhalte dieses §. ist ersichtlich, daß hier nur von einem Handpfande, nicht von einem Grundpfande, das im Besitze und Genusse des Bestellers gelassen wird, die Rede ist. Der Zweck der Bestellung und Uebergabe des Handpfandes ist lediglich die Sicherstellung der Forderung des Gläubigers, damit nähmlich bis zur Verfallszeit mit der Sache keine zum Nachtheile des Gläubigers gereichende Verfügung vorgenommen werden, und dieser nach derselben die Befriedigung aus selber erlangen könne. Ein Recht der Benützung ist in diesem Zwecke nicht begriffen, vielmehr widerstreitet es demselben, da durch die Benützung der Werth der Substanz leicht verringert werden kann. Dem Pfandgeber liegt vielmehr daran, daß das Pfand bis zur Verfallszeit so viel wie möglich im unverändertem Zustande erhalten werde; daher bürdet auch das Gesetz dem Pfandgläubiger die Verbindlichkeit auf, dasselbe genau zu bewahren, und sohin jene Pflichten zu beobachten, welche in dem Hauptstücke vom Verwahrungsvertrage für den Verwahrer vorgeschrieben sind.

2) Der Gläubiger hat daher nicht nur allein kein Recht, mit der Sache solche Handlungen vorzunehmen, wodurch selbe in einen schlimmeren Zustand versetzt werden kann, sondern er hat überdieß die Verpflichtung auf sich, dieselbe als ein ihm anvertrautes fremdes Gut vor jeder anderen, auch zufälligen, Beschädigung sorgfältig zu bewahren, und dieselbe, wenn er nach der Verfallszeit seiner Forderung befriediget wird, dem Pfandgeber in eben dem Zustande, in welchem sie ihm übergeben worden ist, mit allem Zuwachse zurückzustellen (§. 961). Wäre dem Gläubiger von dem Pfandgeber selbst ausdrücklich das Recht der Benützung zugestanden worden, so könnte selbe nur in so fern Platz greifen, als dadurch, wenn dieses Recht der Benützung zu einem bestimmten Preise in Geld angeschlagen würde, das gesetzliche Maß der Interessen nicht überschritten wird. — Wäre die Sache durch Verschulden des Pfandgläubigers zu Grunde gegangen oder in Verlust gerathen, so hat er den

Werth zu ersetzen. Ein bloß zufälliger Schade trifft sowohl den Eigenthümer des Pfandes, als den Pfandberechtigten selbst. Der erstere muß den Verlust seines Eigenthumes büßen, der letztere dagegen verliert sein Pfandrecht, und sohin die Sicherheit, die ihm das Pfand verschaffte (§§. 1311 u. 1447). Das davon ganz verschiedene, für sich bestehende (persönliche) Recht der Forderung leidet dadurch keine Veränderung.

3) Der gegenwärtige §. setzt nur für den Fall, als das Pfandstück ohne Verschulden des Gläubigers zu Grunde geht oder in Verlust geräth, die Bestimmung fest, daß deßwegen die Forderung des Gläubigers nicht verloren gehe. Daraus könnte man versucht werden, e contrario den Schluß zu ziehen, daß in dem Falle, als durch Verschulden des Gläubigers das Pfandstück zu Grunde oder verloren geht, der Gläubiger auch sein persönliches Forderungsrecht einbüße. — Allein dieses kann im Allgemeinen und ausnahmslos nicht behauptet werden. Der Gläubiger hat in diesem Falle keine andere Verpflichtung, als den Schadenersatz zu leisten. Größtentheils wird der Fall eintreten, daß der Werth des Pfandes sich höher als die Forderung beläuft, und in diesem Falle wird die Forderung des Gläubigers durch die größere Gegenforderung des Pfandgebers absorbiret, und ist der Gläubiger, anstatt an den Schuldner — als Pfandgeber — eine Forderung stellen zu können, vielmehr zur Daraufzahlung verpflichtet. — Wenn aber der Werth des Pfandstückes nicht so viel als die Forderung des Gläubigers betragen sollte, so müßte der Schuldner allerdings die Zahlung an den Gläubiger leisten, und hätte dabey nur das Recht, den Werth des Pfandstückes in Abzug zu bringen.

§. 460.

Hat der Gläubiger das Pfand weiter verpfändet, so haftet er selbst für einen solchen Zufall, wodurch das Pfand bey ihm nicht zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden wäre.

Da das Gesetz, oben §. 454, den Gläubiger ausdrücklich zur Afterverpfändung berechtiget, so wäre er in der Regel für

den Schaden, der von dem Afterpfandinhaber dem Pfandstücke zugefügt würde, um so weniger für einen zufälligen Schaden verantwortlich (§. 1305). — Allein das Gesetz wollte dem Gläubiger das Recht der Afterverpfändung nur in so weit ertheilen, als es mit dem Rechte des Pfandgebers, der das Pfand lediglich zur Sicherstellung seiner Schuld dem Gläubiger übergibt, und einen andern Vortheil des letzteren dabey nicht bezielet, vereinbarlich ist. — Der ursprüngliche Pfandgeber soll daher, nach der Absicht des Gesetzgebers, keinen Nachtheil leiden, dessen Grund in der Afterverpfändung liegt, und welcher nicht erfolgt wäre, wenn diese Afterverpfändung nicht vor sich gegangen wäre.

§. 461.

c) Nach dem Verfalle der Forderung.

Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriediget, so ist er befugt, die Feilbiethung des Pfandes gerichtlich zu verlangen. Das Gericht hat dabey nach Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren.

1) Der Zweck des Pfandrechtes ist nicht nur auf Sicherstellung der Forderung überhaupt, sondern auch dahin gerichtet, daß dem Gläubiger nach der Verfallszeit Mittel zu Gebothe stehen, die Realisirung seiner Forderung zu bewirken. — Dabey soll aber dem Schuldner, oder überhaupt dem Pfandeigenthümer, kein größerer Nachtheil widerfahren, als nothwendig ist, um dem Gläubiger das zu verschaffen, was ihm gebühret. Dieses wird aber der Regel nach durch die öffentliche Feilbiethung des Pfandstückes erzielet.

2) In Ansehung der Verfahrungsweise hierbey verweiset das Gesetz auf die Vorschriften der Gerichtsordnung. — Bey Auseinandersetzung dieser gesetzlichen Vorschriften muß vorerst unterschieden werden, ob das Pfand in einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bestehe. — Zuerst soll die Verfahrungsweise bey unbeweglichen Sachen angegeben werden.

3) Das Pfandrecht setzt voraus, daß die Forderung bereits den öffentlichen Büchern einverleibt sey (§. 451). Ist diese

Einverleibung durch den Willen des Pfandeigenthümers zu Stande gekommen, so muß der Gläubiger vorerst eine Klage zur Liquidirung seiner Forderung bey der competenten Behörde überreichen, und ein Urtheil oder gerichtlichen Vergleich erwirken. Auf den Grund des Urtheiles oder gerichtlichen Vergleiches schreitet er sodann um Ertheilung des gerichtlichen Pfandrechtes ein, und es wird in dessen Folge dann der Urtheilsspruch oder Vergleich neuerdings der Landtafel, dem Stadt- oder Grundbuche einverleibt. — Nach geschehener Einverleibung und dadurch wirklich erlangtem gerichtlichen Pfandrechte hat der Gläubiger die Schätzung bey dem Richter, unter welchem die Landtafel, oder das Stadt- und Grundbuch steht, anzusuchen, welcher sie auch, nach Maßgabe des siebenzehnten Capitels der a. G. O., vornehmen zu lassen hat. — Binnen dreyßig Tagen nach der zu erheben gewesenen Schätzung (welches von der Kanzley darauf anzumerken ist) ist die Feilbiethung anzusuchen, widrigens dessen der Gläubiger schuldig wäre, das Gut um die Schätzung zu übernehmen, und der Pfandeigenthümer, es ihm dafür zu überlassen. Hat der Gläubiger und Uebernehmer des Gutes sodann den Kaufschilling oder Schätzungsbetrag richtig gestellt, so wird ihm das Gut eingeantwortet. Wird aber die Feilbiethung binnen dieses gesetzlichen Termines von dreyßig Tagen angesucht, so wird diese sogleich bewilliget, dazu drey Termine, jeder von dreyßig Tagen, mit ausdrücklicher Benennung des Tages, der Stunde und des Ortes angesetzet und der Beysatz gemacht werden, daß, wenn das Gut weder bey dem ersten, noch bey dem zweyten Termin, um den Schätzungsbetrag oder darüber an den Mann gebracht werden könnte, es bey dem dritten auch unter der Schätzung verkauft werden würde. — Bey der Feilbiethung größerer Landgüter wird dem Ermessen des Richters überlassen, ob er den ersten Termin auch bis auf neunzig Tage anberaumen wolle; bey allen übrigen wird ihm aber freygestellt, die Fristen um etliche Tage früher oder später zu bestimmen, nur soll die für alle drey ausgemessene Zeit niemahls merklich überschritten werden. In den Feilbiethungsedicten soll deutlich ausgedrückt werden: a) die Bedingnisse, unter welchen das Gut verkauft

werden wird; b) daß der Meistbiethende die auf dem Gute haftenden Schulden, in so weit sich der zu biethende Preis erstrecken wird, übernehmen müsse, wenn die Gläubiger ihr Geld vor der allenfalls vorgesehenen Aufkündigung nicht annehmen wollten. — Die Feilbiethungsedicte sind längstens drey Tage, nachdem die Feilbiethung verwilliget worden ist, nach der jeden Ortes hergebrachten Gewohnheit kund zu machen. Die Schätzung des Gutes, die darauf haftenden Beschwerden, und die Bedingnisse, unter welchen es verkauft werden wird, soll der Richter in seiner Kanzley bereit halten, und den Kauflustigen die Einsicht, wie auch Abschrift davon zu nehmen, gestatten. — Die Versteigerung selbst soll auf dem Lande in Gegenwart wenigstens einer Gerichtsperson und eines Schreibers, in Städten und Märkten aber wenigstens zweyer Gerichtspersonen und eines Schreibers vorgenommen werden. — Meldeten sich bey einem oder dem anderen Termine keine Kauflustigen, so ist es lediglich auf dem Edicte anzumerken und die Kundmachung zu wiederhohlen. Meldeten sich aber ein oder mehrere Kauflustige, so ist ihnen vorläufig die Schätzung des Gutes, die allenfalls darauf haftenden Beschwerden, die Bedingnisse, unter welchen es verkauft wird, deutlich anzuzeigen, sodann mit der Versteigerung der Anfang zu machen. — Wenn ein Anboth gemacht, und mit dem Mehrbiethen inne gehalten wird, soll der höchste Anboth zum *ersten Mahle* öfters ausgerufen, und ob Niemand mehr geben wolle, gefragt; auf weiteres Stillschweigen zum *zweyten Mahle* gleichfalls öfters wiederhohlet, und so oft Jemand mehr gebothen hat, und mit dem Mehrbiethen inne gehalten wird, von Neuem angefangen werden. Wenn ein oder mehrere Kauflustige während der Versteigerung eine Frist zur Ueberlegung begehrten, soll ihnen solche auf ungefähr eine Viertelstunde gewähret werden, doch öfters nicht, als ein Mahl. — Wenn der höchste Anboth zum *zweyten Mahle* ausgerufen worden ist, und Niemand mehr biethen will, soll dieser Anboth noch durch fünf Minuten ausgerufen und gefragt werden, ob Niemand mehr geben wolle? Wenn auch damahls kein höherer Anboth geschieht, soll die Versteigerung mit dem Worte „zum

dritten Mahle" geschlossen, und das Gut dem Meistbiethenden gelassen werden, wenn er auch der einzige Kauflustige gewesen wäre, und auch nichts über die Schätzung gebothen hätte.

4) Bey beweglichen Sachen ist in Betreff der Schätzung, Einantwortung, Feilbiethung und Versteigerung der gepfändeten fahrenden Güter eben jenes zu beobachten, was in Betreff der liegenden Güter verordnet ist; nur sollen die Feilbiethungsfristen lediglich von vierzehn zu vierzehn Tagen seyn. Deßgleichen ist der Richter nicht schuldig, weder den höchsten Anboth durch fünf Minuten ausrufen zu lassen, noch den Kauflustigen eine Bedenkzeit auf eine Viertelstunde zu gestatten, sondern er ist befugt, diese beyden letzten Fristen nach seinem Ermessen zu verkürzen, wenn die Sache, welche versteigert wird, von keinem gar großen Werthe ist [1]). — Aber zweifelhaft ist es, ob der Gläubiger hier auch so, wie es bey unbeweglichen Gütern vorgeschrieben ist, seine Forderung früher ordentlich liquidiren, und die gerichtliche Pfändung derselben ansuchen müsse? — Ich unterscheide, ob das Handpfand in Händen des Gläubigers, oder in den des Schuldners sich befinde, dem es z. B. von dem Gläubiger mit dem Vorbehalte seines Pfandrechtes zurückgestellt worden ist. — Im letzteren Falle muß der Gläubiger allerdings eine ordentliche Liquidirungsklage überreichen, und das gerichtliche Pfandrecht auf die Sache erwirken, weil diese nicht via facti dem Inhaber wider seinen Willen entzogen werden, sondern dieses nur in so weit geschehen kann, als die Bedingnisse der Executionsführung vorhanden sind. Befindet sich das Handpfand aber in den Händen des Gläubigers selbst, so scheint es mir nicht nöthig, daß dieser vorerst seine Forderung im ordentlichen Rechtswege erweise und die Einräumung des gerichtlichen Pfandrechtes erwirke, sondern er kann, nach meiner Ueberzeugung, sogleich nach dem Verfalle der Forderung um die gerichtliche Schätzung seines Pfandes, und dann um die Feilbiethung derselben ansuchen. Diese Meinung, wel-

1) A. G. O. §. 347, u. Gal. G. O. §. 458.

che vielleicht einen großen Theil der Practiker gegen sich hat, begründe ich mit Folgendem:

Der gegenwärtige §. gestattet dem Gläubiger ganz unbedingt, nach der Verfallszeit die Feilbiethung des Pfandes zu verlangen; und es ist aus den Worten dieses §. gewiß nicht zu entnehmen, daß das Recht, die Feilbiethung des Pfandes zu verlangen, durch den weiteren Umstand bedingt sey, ob bereits ein rechtskräftiges Urtheil vorliege oder nicht. Auch sagt das Gesetz nirgends, daß zu dem bereits außergerichtlich eingeräumten Pfandrechte auch noch vorerst ein gerichtliches hinzu treten müsse. Der gegenwärtige §. sagt nur so viel, daß sich das Gericht bey Vornahme der Feilbiethung nach den Vorschriften der Gerichtsordnung halten müsse. — Der Pfandgeber hat durch die Uebergabe des Pfandstückes den Gläubiger in die Lage gesetzt, über das Pfandstück verfügen zu können; überschreitet er dabey die Gränzen seines Rechtes, so ist er dafür verantwortlich. — Wollte man aus Besorgniß, daß auf diese Art und Weise der Gläubiger auch schon vor der Verfallszeit die Feilbiethung erwirken, oder sich einen größeren Betrag, als um welchen die Sache verpfändet ist, zueignen könnte, den Gläubiger früher zum Ausweise seiner Forderung verhalten, so müßte man aus gleichem Grunde denjenigen, welcher eine Sache eigenthümlich an sich gebracht hat, und der in Folge dieses ihm außergerichtlich eingeräumten Eigenthumsrechtes die Feilbiethung dieser Sache ansucht, zur Liquidirung seines Eigenthumsrechtes verhalten, weil auch dasselbe von dem Besitzer unwahr vorgegeben werden kann. — Die für unbewegliche Sachen geltende Vorschrift, zu Folge welcher derjenige, welcher eine Hypothek veräußern lassen will, vorerst seine Forderung liquidiren und das executive Pfandrecht erwirken muß, hat ihren Grund in der Eigenthümlichkeit der Verpfändungsweise unbeweglicher Guter, welche bloß durch die Eintragung in das öffentliche Buch, und nicht durch physische Uebergabe des Grundstückes geschieht. — Der Hypothekargläubiger ist noch so, wie der gemeine Pfandgläubiger, in die Lage gesetzt, mit dem Pfandstücke zu verfugen; darum muß auch das Veräußerungsrecht des ersteren auf mehr

rere Vorsichten gebauet seyn. — Der §. 240 des zweyten Theils des gallizischen Gesetzbuches sagt: „Wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriedigt, so ist er befugt, den Schuldner gerichtlich zu belangen, und auf die Feilbiethung des Pfandes anzutragen.“ Der Ausdruck „gerichtlich belangen“ könnte für die gegentheilige Meinung das Wort führen; aber er ist in dem gegenwärtigen Gesetzbuche, wie es scheint, absichtlich hinweggelassen worden. Der Pfandgläubiger scheint daher das Recht zu haben, gleich nach der Verfallszeit um die Schätzung des Pfandstückes anzusuchen; diese muß vorausgehen, weil sie bey der Feilbiethung zur Grundlage gelegt werden muß, und weil die Gerichtsordnung vorschreibt, daß drey Feilbiethungstermine mit dem Beyfügen in dem Edicte angesetzt werden müssen, daß, wenn die Sache weder bey dem ersten, noch zweyten Termine um den Schätzungswerth an Mann gebracht werden könnte, sie bey dem dritten auch unter dem Schätzungswerthe verkauft werden würde. Zur Schätzung muß aber auch der Pfandeigenthümer vorgeladen werden.

5) Eine Ausnahme von der gegenwärtigen Vorschrift, daß die Ausübung des Pfandrechtes in der Feilbiethung des Pfandes bestehe, macht der Fall, wenn der Gläubiger das Pfandrecht auf die Früchte eines unbeweglichen Gutes erwirkt hat. Denn in diesem Falle wird ein Sequester zur Einhebung dieser Früchte oder Gefälle aufgestellt, der die sequestrirte Sache als ein guter Hausvater zu besorgen, und darüber jährliche Rechnung zu legen hat [1]).

§. 462.

Vor der Feilbiethung des Gutes ist jedem darauf eingetragenen Pfandgläubiger die Einlösung der Forderung, wegen welcher die Feilbiethung angesucht worden, zu gestatten.

1) Die gerechte Absicht des Pfandgläubigers, auf die Feilbiethung zu dringen, kann, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerk-

1) Allg. G. O. §§. 296 und 297.

te, nur seyn, daß er seine volle Befriedigung erlange. Sobald ihm daher diese von dem Schuldner selbst, oder von einem Anderen geleistet wird (§§. 1422 u. 1423), hat er kein Recht mehr, auf der Feilbiethung zu bestehen. Wenn nun aber das Recht des Gläubigers, die Feilbiethung zu verlangen, aufhört, wenn er seine Befriedigung erhält, und es gleichgültig ist, von wem er sie erhalte, so scheint es sonderbar, daß das Gesetz hier das Einlösungsrecht der Forderung ausdrücklich nur den eingetragenen Pfandgläubigern einräumet. — Dieses läßt sich nur auf folgende Art erklären. Es hat nähmlich nicht nur der Pfandgläubiger, sondern auch der Pfandschuldner das Recht, die Feilbiethung des Pfandes zu begehren (§. 324 der G. O.) Daher kann eine bereits angeordnete Feilbiethung, wider Willen des Schuldners, der Regel nach nicht aufgehoben werden. — Wird daher von einem Dritten die Einlösung der Forderung angebothen, so geschieht diese Anbiethung entweder mit Einwilligung des Schuldners, oder ohne dieselbe. — Im ersteren Falle muß der Gläubiger die Zahlung annehmen, und er hat daher kein Recht mehr, auf die Feilbiethung zu dringen; der Schuldner hat aber eben dadurch, daß er einen Dritten für sich bezahlen läßt, deutlich erkläret, daß er die Feilbiethung des Gutes nicht wünsche. Geschieht aber das Anerbiethen von Seite des Dritten ohne Einstimmung des Schuldners, so wird die Zahlung entweder von dem Gläubiger angenommen oder nicht. Im ersteren Falle kann freylich derselbe nicht weiter auf die Feilbiethung dringen, aber es kann dem Schuldner selbst daran liegen, daß sie vor sich gehe. Will aber der Gläubiger die Zahlung von dem Dritten nicht annehmen, so kann er auch dazu nicht gezwungen (§. 1423), und sein Recht, die Feilbiethung des Pfandes zu verlangen, kann ihm daher in diesem Falle von einem Dritten durch die Bereitwilligkeit, die Zahlung zu leisten, nicht genommen werden. Anders verhält sich aber die Sache, wenn ein Mitgläubiger, dem mit dem nähmlichen Pfande Sicherheit verschafft worden ist, die Einlösung der Forderung anbiethet. — Dieser kann ein eigenes Interesse daran haben, daß die Feilbiethung wenigstens derzeit noch nicht vor sich

gehe, weil er z. B. hofft, daß man das Pfand zu einer andern Zeit und unter anderen Verhältnissen um einen höheren Preis, als gegenwärtig, werde veräußern, folglich auch er seine volle Befriedigung werde erlangen können, die er gegenwärtig, als ein späterer Pfandgläubiger, nicht zu erlangen vermöchte. Diesem räumet nun das Gesetz hier das Recht ein, die Forderung, selbst wider Willen des Schuldners und des die Execution führenden Pfandgläubigers, einzulösen, und dadurch auch die Feilbiethung aufheben zu machen. Daß dieser Unterschied zwischen den Rechten des Pfandgläubigers und denen eines Dritten, in Bezug auf das Einlösungsrecht der Forderung, wirklich Statt finde, wird auch deutlich in dem §. 1423 dadurch bezeichnet, daß es daselbst heißt: einem Gläubiger könne, ohne Einwilligung des Schuldners die Zahlung von einem Dritten in der Regel nicht aufgedrungen werden; folglich gibt es von diesem aufgestellten Satze auch Ausnahmen, und als eine solche Ausnahme wird durch die ausdrückliche Citation des gegenwärtigen §. eben der Fall bezeichnet, wenn die Bezahlung von einem Pfandgläubiger selbst angebothen wird.

2) Der gegenwärtige §. gestattet die Einlösung der Forderung nur vor der Feilbiethung. Ist die Feilbiethung einmahl eröffnet, nähmlich das Pfand um den Schätzungswerth ausgerufen worden, so ist das Versprechen, dieselbe dem sich meldenden Kauflustigen um den Schätzungspreis oder darüber, unter der Bedingung, daß Niemand mehr biethe, zu überlassen, bereits geschehen, und von diesem Versprechen kann nicht mehr einseitig abgegangen werden. Noch weniger kann aber die Feilbiethung wieder aufgehoben werden, wenn bereits ein Anboth geschehen ist.

3) Um auf einer Seite die Pfandgläubiger desto sicherer in Stand zu setzen, von dem Einlösungsrechte Gebrauch zu machen, und auf der anderen Seite, um ihre Aufmerksamkeit dahin zu richten, daß sie bey der Feilbiethung selbst mit licitiren und dadurch einen höheren Preis erzielen können, ist angeordnet, daß sämmtliche in dem öffentlichen Buche eingetragenen Gläubiger entweder selbst, oder durch ihre bekannten Vertreter und

Bevollmächtigten von diesen Feilbiethungsterminen zu verständigen seyen, und in dem Falle, als sie unbekannt wären, für sie ein Curator aufgestellet, dieses in einem besonderen oder dem Feilbiethungsedicte selbst kundgemacht, und dieser Curator sohin von der Feilbiethung verständigt werden solle [1]).

4) Der gegenwärtige §. scheint von Feilbiethung unbeweglicher oder diesen gleich gehaltener Sachen zu reden. Es geschieht jedoch nicht selten, daß bewegliche Pfandstücke feilgebothen werden, auf welche mehreren Personen ein Pfandrecht zustehet, und es fragt sich daher, ob auch diesen ein solches Einlösungsrecht gebühre? — Dieser §. schließt die auf eine bewegliche Sache ein Pfandrecht erlangt habenden Gläubiger hievon nicht ausdrücklich aus; auch ist die Textirung nicht von der Art, daß man daraus schließen müßte, der Gesetzgeber habe dieses Einlösungsrecht ausdrücklich nur auf die Hypothekargläubiger einschränken wollen. Er bedient sich zwar solcher Ausdrücke, die mehr auf unbewegliche Sachen passen; sie können aber auch auf bewegliche angewendet werden. Denn unter dem Ausdrucke „Gut" wird nicht gerade immer eine unbewegliche Sache verstanden; auch redet das Gesetz von keiner Eintragunng in das öffentliche Buch. Es kann daher unter jener Eintragung auch eine solche verstanden werden, welche in den Fällen, wo mehrere Executionsführungen auf die nähmlichen Sachen vorkommen, in dem Pfändungsprotocolle zu geschehen pflegt. — Daß die Vorschrift des gegenwärtigen §. sich nicht gerade auf die Feilbiethung unbeweglicher Pfandstücke beschränkt, gehet auch aus der Vergleichung mit dem Gesetzbuche für Westgallizien hervor. — Der gegenwärtige §. lautet beynahe wörtlich so, wie der §. 241 des vorerwähnten Gesetzbuches zweyter Theil. Daß aber diese Vorschrift sich nicht auf unbewegliche Pfandstücke beschränke, zeigt der darauf folgende §. 242, der ganz deutlich, zum Unterschiede des im §. 241 in der allgemeinen Bedeutung vorkommenden Ausdruckes „Pfandgläubiger," sich des Wortes

1) Patent vom 2. April 1732; Hofdecrete vom 15. December 1733, vom 4. Jun. 1794 a b, dann 20. July 1815.

„Hypothekargläubiger" bedient. Da übrigens auch bey beweglichen Pfandstücken ein gleicher Grund vorhanden ist, so glaube ich die oben gestellte Frage mit ja beantworten zu müssen.

§. 463.

Schuldner haben kein Recht, bey Versteigerung einer von ihnen verpfändeten Sache mitzubiethen.

1) Als Grund dieser gesetzlichen Anordnung gibt Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare an, daß wider den Schuldner, weil er die Schuld nicht bezahlt und hierdurch die Feilbiethung nicht abgewendet hat, die gegründete Vermuthung entstehe, daß er seinen Anboth nicht erfüllen könne, folglich dadurch die Feilbiethung nur verzögern oder vereiteln würde.

2) Das Gesetz redet hier übrigens nur von dem Schuldner, und nicht vom Pfandeigenthümer, welcher eine von jenem verschiedene Person seyn kann. Der letztere ist nicht verpflichtet, die Schuld aus seinem Vermögen überhaupt zu bezahlen, sondern hat nur zu gestatten, daß der Pfandgläubiger sich aus der Sache selbst seine Befriedigung hohle. Man kann daher auch daraus, daß der Pfandeigenthümer die Schuld nicht aus seinem übrigen Vermögen bezahlt, nicht gleich die Vermuthung schöpfen, daß er seinen Anboth nicht erfüllen könne. — Ist die verpfändete Sache mit darauf haftenden Schulden über ihren Werth bebürdet, so kann auch dem vermöglichen Eigenthümer derselben daran liegen, seine dingliche Verbindlichkeit in eine adäquate Personalschuld umzuwandeln, was nur dadurch geschehen kann, daß er es zur Veräußerung kommen läßt, und bey der Versteigerung selbst den höchsten Anboth macht.

§. 464.

Wird der Schuldbetrag aus dem Pfande nicht gelöset, so ersetzt der Schuldner das Fehlende; ihm fällt aber auch das zu, was über den Schuldbetrag gelöset wird.

Am Ende der Feilbiethung zeigt sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, ob der für das Pfand gelöste Kaufpreis den

Betrag der Schuld, welcher durch die Feilbiethung erwirkt worden ist (versteht sich mit Rücksichtnahme auf die früher intabulirten Schulden), vollständig ausgleiche, übersteige, oder geringer ausfalle. Im ersten Falle ist die Schuld mit eben der Wirkung getilgt, als wenn die Zahlung von dem Schuldner unmittelbar selbst geleistet worden wäre (§. 1423); im zweyten ist aber der Schuldner berechtigt, den Ueberrest zu fordern (in so fern derselbe nicht zur Zahlung nachfolgender Gläubiger zu verwenden ist); im dritten dagegen, weil das Pfand nur zur Sicherheit, nicht an Zahlungsstatt gegeben wird, ist er verpflichtet, den übersteigenden Schuldbetrag aus seinem übrigen Vermögen zu entrichten. Aus diesen gesetzlichen Anordnungen zeiget sich zugleich, daß der Gesetzgeber in den §§. 463 — 465 unter dem Schuldner lediglich den Personalverpflichteten verstehe, denn der bloße Hypothekarschuldner ist zu dieser Zahlung der Natur der Sache nach nicht verpflichtet (§. 443).

§. 465.

In wie fern ein Pfandgläubiger sich an sein Pfand zu halten schuldig, oder auf ein anderes Vermögen seines Schuldners zu greifen berechtiget sey, bestimmt die Gerichtsordnung.

Nach der gegenwärtig bestehenden Gerichtsordnung ist der Gläubiger auf das ihm zu seiner Sicherstellung eingeräumte Pfand nicht beschränkt, sondern er kann auch andere Güter seines Schuldners in Execution ziehen. — Jedoch sollte, nach der Absicht des Gesetzgebers, einer allenfälligen anderen Verfügung der Gerichtsordnung nicht vorgegriffen werden. —

§. 466.

Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Andern übertragen, so steht dem Gläubiger frey, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen.

1) Durch die von dem Schuldner geschehene Einräumung eines Pfandrechtes geschieht nur eine Befestigung, aber keine Umänderung seiner früheren Verbindlichkeit (§. 1343). Es wird also dadurch auch an den bis dahin bestandenen persönlichen Rechtsverhältnissen des Schuldners und Gläubigers nichts geändert. — Eine natürliche Folge dieser Bemerkung ist, daß, wenn der Schuldner das Eigenthum der verhypothecirten Sache auf was immer für eine Art verliert, seine persönlichen Verbindlichkeiten gegen den Gläubiger immer noch fortbestehen. Darum kann auch der Gläubiger, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkte, wenn das Pfand verloren oder zu Grunde gegangen ist, noch immer sein persönliches Recht wider den Schuldner verfolgen (§. 459); und daher steht es auch in der Willkühr des ersteren, für den Fall, als der Schuldner das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Anderen übertragen hat, sich entweder gleich mittelst der Hypothekarklage an den neuen Eigenthümer der Hypothek zu halten, oder vorerst seinen Personalschuldner zu belangen, und nur für den Fall, als er von diesem seine volle Befriedigung nicht erlangen sollte, sich in Betreff des Ueberrestes aus der Hypothek sich zahlhaft zu machen. — Da übrigens der Schuldner von seiner Verbindlichkeit so lange nicht befreyt wird, als selbe nicht auf eine in dem dritten Hauptstücke des dritten Theiles bezeichnete Art erlischt, so steht dem Gläubiger unzweifelhaft auch umgekehrt das Recht zu, im Falle er aus der Hypothek nicht ganz befriedigt werden könnte, seine volle Befriedigung an dem übrigen Vermögen des Schuldners zu suchen.

2) Es sind zwar einige Practiker der Meinung, daß der Gläubiger den Hypothekarbesitzer nicht unmittelbar mit einer Klage angehen könne, sondern vorerst den Personalschuldner klagen müsse. Dieser Meinung ist auch Herr Professor Franz Fischer zu Prag, der in seinem Handbuche der dilatorischen Einwendungen [1]) S. 173 es als einen Mißgriff erklärt, wenn der Gläubiger an der Stelle seines Schuldners den dermahligen Besitzer der verpfändeten Sache klagt, und die Behauptung auf-

1) Wien 1825 bey J. G. Ritter von Mösle sel. Wittwe.

stellt, daß ihn der Pfandeigenthümer auf die Ordnung, vermöge welcher der Schuldner zu klagen ist, weisen könne, wenn er einwendet, daß er mit dem Kläger nicht contrahiret, sich ihm als Schuldner nicht verpflichtet, dieser also gegen ihn gar kein Klagerecht habe. — Richtig ist es zwar, daß der Gläubiger das Recht nicht habe, den Eigenthümer des Pfandes unbedingt um die Zahlung zu belangen, sondern der Gläubiger in der Hypothekarklage seine Bitte dahin beschränken müsse, daß der Eigenthümer schuldig sey, zu gestatten, daß die verpfändete Sache gerichtlich feilgebothen, und er, Gläubiger, aus dem eingehenden Kaufschillinge seine Befriedigung erhalte. — Denn nur dieses Recht steht, nach §. 447, dem Gläubiger gegen den Pfandinhaber, als solchen, zu. — Würde der Gläubiger in seiner gegen den Pfandinhaber angestrengten Klage sein Begehren dahin nicht beschränken, sondern dasselbe unbedingt auf Zahlung stellen, so hätte der letztere allerdings das Recht, ihm die Einwendung entgegen zu setzen, daß er sich als Schuldner nicht verpflichtet habe, folglich dem Gläubiger auch das Klagerecht nicht zustehe, dessen er sich bedienet hat. Diese Einwendung wäre aber keine dilatorische, sondern eine peremtorische; indem selbst in dem Falle, als der Gläubiger früher den Personalschuldner belangte, und ein Urtheil auf Zahlung erwirkte, der Besitzer des Pfandes dem Gläubiger zu nichts mehrerem verpflichtet wäre, als zu gestatten, daß das Pfand feilgehothen, und der eingehende Kaufschilling zur Zahlung verwendet werde; eine Verbindlichkeit, die er zu leisten hat, ohne daß eine frühere Einklagung des Schuldners vorausgehen müßte. — Die Behauptung, daß der Gläubiger befugt sey, den Pfandinhaber mit einer Klage anzugehen, ohne daß er nöthig habe, vorerst den Hauptschuldner zu belangen, scheint mir klar durch die Worte des gegenwärtigen §. selbst begründet, welche dahin lauten, daß es dem Gläubiger *frey* stehe, erst sein persönliches Recht gegen den Schuldner, und dann seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen. Der Ausdruck: „dem *Gläubiger stehe frey*" scheint hier entscheidend zu seyn; denn wäre die zweyte Ansicht die richtige, dann stünde es ja dem Gläubiger nicht mehr frey, sein

persönliches Recht gegen den Schuldner auszuführen, sondern er wäre genöthiget, um zur Zahlung zu gelangen, seine Forderung an den Schuldner zu stellen. — Freylich sucht Herr Professor Fischer dieser Gesetzesstelle die Deutung zu geben, daß es dem Gläubiger frey stehe, zuerst aus anderen, dem Schuldner noch angehörigen Gütern seine Befriedigung zu suchen, und dann, wenn diese dazu nicht hinreichen, auf das ihm verpfändete Gut zu greifen. — Wäre nun diese Behauptung richtig, so wäre es ja durch diese Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches entschieden, daß der Pfandgläubiger nicht schuldig sey, sich an sein Pfand zu halten, sondern, daß er auch auf andere Güter des Schuldners greifen könne, ohne Unterschied, ob das Pfand zu seiner Befriedigung hinreichend sey oder nicht. Diesen Punct wollte aber der höchste Gesetzgeber durch das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch nicht entscheiden, sondern ließ die Entscheidung derselben der Gerichtsordnung über (§. 465). Auch würde derselbe in diesem Falle den gegenwärtigen §. gewiß auf folgende Weise textirt haben: „Hat der Schuldner während der Verpfändungszeit das Eigenthum der verpfändeten Sache auf einen Anderen übertragen, so steht dem Gläubiger frey, erst seine Befriedigung an den Gütern des Schuldners, und dann erst seine volle Befriedigung an der verpfändeten Sache zu suchen;" er sagt aber vielmehr, daß dem Gläubiger frey stehe, sein persönliches Recht gegen den Schuldner zu suchen. Unter dem Ausdrucke „sein Recht suchen," kann aber nichts Anderes als die Anstrengung der Klage verstanden werden, und sohin ist es eben so viel, als ob der Gesetzgeber gesagt hätte, es stehe dem Gläubiger frey, erst den Schuldner zu klagen, und dann erst ꝛc. ꝛc. Vielleicht wendet man mir dagegen ein, daß der Ausdruck „volle Befriedigung" immer voraus setze, daß der Gläubiger zum Theile schon befriediget worden sey, welches doch nur aus den Gütern des Schuldners geschehen konnte; — daß sohin unter den Ausdrucke „Recht suchen," nicht nur die Anstrengung der Klage, sondern auch die Executionsführung auf die Güter des Schuldners verstanden werden müsse; allein für's Erste frage ich, ob denn nicht der Fall gedenkbar sey, daß der

Schuldner schon durch das Erkenntniß selbst, welches ihn zur Zahlung verpflichtet, bewogen werden könne, seinen Gläubiger ganz oder theilweise zu befriedigen, ohne es auf die wirkliche Execution ankommen zu lassen; ferners setzt der Gesetzgeber ganz natürlich voraus, daß, wenn der Gläubiger einmahl vorzieht, den Schuldner statt dem Pfandinhaber zu belangen, er sich mit dem Erkenntnisse der Zahlungspflichtigkeit nicht begnügen, sondern auch die Execution auf sein Vermögen führen werde, weil er sonst eine neue Klage gegen den Hypothekbesitzer einreichen müßte, folglich sich selbst zwecklose, mit Kosten verbundene Umtriebe bereiten würde. — Ueberdieß sagt der §. 928, daß Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, stets vertreten werden müssen. Diese Anordnung des Gesetzes setzt offenbar voraus, daß der Pfandinhaber wegen der Schuldforderung, wofür die Sache verpfändet ist, unmittelbar von dem Gläubiger belangt werden könne, weil sonst wohl von keiner Uebernahme der Vertretung die Rede seyn könnte.

3) Die aufgestellte Behauptung, daß gegen den Pfandinhaber keine eigentliche Klage auf Zahlung angestrengt werden könne, leidet selbst in dem Falle keine Ausnahme, wenn der Schuldner bey Uebertragung des Eigenthums dem Uebernehmer die darauf haftenden Schulden ausdrücklich zur Zahlung angewiesen hätte. — Denn durch den zwischen dem Uebergeber und Uebernehmer geschlossenen Vertrag werden nur zwischen diesen beyden Contrahenten persönliche Rechte und Verbindlichkeiten gegründet, von denen in der Regel ein Dritter keinen Gebrauch machen kann. — Indessen kann der Gläubiger in diesem Falle leicht zu einem persönlichen Klagerecht gegen den Pfandinhaber gelangen, wenn er von dem Uebergeber, als seinem Schuldner, die Abtretung des Klagerechtes erwirkt, das dieser gegen den Uebernehmer durch den geschlossenen Vertrag auf die Befriedigung der Pfandgläubiger erworben hat, da diese Befriedigung hier die Stelle der Kaufschillingsbezahlung vertritt; oder wenn er von dem Uebergeber, als seinem Schuldner, eine Anweisung erwirkt, daß er sich der Zahlung wegen an den Pfandinhaber halten solle oder könne. Denn der zwischen dem Uebergeber

und Uebernehmer abgeschlossene Vertrag, die auf der verkauften Sache haftenden Schulden auf Abschlag des Kaufschillings zur Zahlung zu übernehmen, ist nichts anders, als eine unvollständige Anweisung (Assignation), welche zwischen denjenigen Theilen wirksam ist, die mit einander einverstanden sind (§§. 1400 — 1402). Nun wird bey Erläuterung des §. 1402 gezeigt werden, daß durch eine solche Anweisung der Assignatar das Recht erlange, den Assignaten um die Zahlung belangen zu können; — jedoch muß diese Anweisung schriftlich seyn, weil der Assignat nur einer vorgezeigten schriftlichen Anweisung Glauben beyzumessen verpflichtet werden kann. — Auch kann es geschehen, daß der Gläubiger das Recht seines Schuldners, welches er gegen den Pfandinhaber als Uebernehmer hat, im Executionswege sich einantworten lasse. — Selbst in dem Falle, als die Uebernahme der auf der Sache haftenden Pfandschulden dem Uebernehmer nicht ausdrücklich zur Pflicht gemacht worden wäre, kann für den Gläubiger ein persönliches Recht gegen den Pfandinhaber dadurch gegründet werden, daß der Schuldner seinen Gläubiger anweiset, sich mit seiner Forderung an den Pfandinhaber zu halten; denn der Schuldner thut in diesem Falle nichts anderes, als daß er seinem Gläubiger den ihm von dem Pfandinhaber schuldigen Kaufschilling pro parte concurrente abtritt, — und eben so kann auch der Gläubiger sich die Kaufschillingsforderung des Schuldners an Zahlungsstatt im Executionswege einantworten lassen. Dieses versteht sich jedoch alles nur für den Fall, als der noch schuldige Kaufschillingsrest zur Bezahlung des angewiesenen Gläubigers hinreicht [1]).

4) Eine weitere sich bey diesem §. ergebende streitige Rechtsfrage ist: ob der Gläubiger in dem Falle, als er sich zuerst an den Schuldner gewendet, und ein bereits rechtskräftiges Urtheil gegen ihn erwirkt hat, sogleich mittelst dieses Urtheils die Execution auf die verpfändete, nun in dem Eigenthume eines Dritten befindliche Sache führen könne, oder ob der Gläu-

---

1) Man lese die bey dem §. 443 citirte Abhandlung des k. k. Herrn Rathes und Professors Schuster in Prag.

biger auch in diesem Falle genöthiget sey, gegen den Pfandinhaber eine neuerliche Klage einzureichen? — Daß in dem Falle, wenn das gegen den Schuldner erwirkte Urtheil bereits im Executionswege intabulirt worden ist, ehe dieser seine in Execution gezogene Realität an einen Dritten veräußert hat, der Gläubiger die Executionsführung fortsetzen könne, ohne nöthig zu haben, sein Pfandrecht mittelst einer neuerlichen Hypothekarklage gegen den gegenwärtigen Besitzer auszuführen, scheint nicht zweifelhaft, da der Gläubiger sein Executionsrecht auf die Sache bereits begründet hat, und der Uebernehmer der Realität dieselbe mit allen darauf haftenden Lasten übernimmt [1]). Ueberdieß sagt der §. 323 der a. G. O., daß nach (im Executionswege) geschehener Einverleibung des Urtheiles der Kläger befugt sey, die Schätzung anzusuchen, ohne dabey zu unterscheiden, ob das liegende Gut inzwischen an einen Dritten veräußert wurde oder nicht. Dagegen glaube ich, daß wenn die Veräußerung an den neuen Besitzer, und dessen Anschreibung noch früher vor sich gegangen ist, als das Erkenntniß im Executionswege intabulirt wurde, der Gläubiger das gegen seinen Personalschuldner erwirkte Erkenntniß auf die inzwischen in die Hände des Dritten gekommene Realität im Executionswege nicht intabuliren lassen könne, sondern eine neue Hypothekarklage gegen diesen einreichen müsse. — Denn der §. 322 setzt offenbar voraus, daß das liegende Gut, auf welches der Kläger die Execution führen will, ein Eigenthum desjenigen sey, gegen welchen der Spruch geschöpft, oder mit dem der Vergleich abgeschlossen worden ist. Dieses ergibt sich aus dem §. 311, welcher sagt: daß,

33 *

1) Vergleiche die Verordnung des k. k. mailändischen Guberniums vom 13., und des k. k. venetianischen Guberniums vom 16. Juny (Hofkanzleydecret vom 23. May 1827), zufolge welcher der k. k. lombardisch-venetianische Senat der obersten Justizstelle, im Einverständnisse mit der k. k. Gesetzgebungs-Hofcommission und mit der k. k. obersten Justizstelle in Wien, folgende Erklärung zu erlassen befunden hat: „Der Besitzer einer in Execution verfallenen unbeweglichen Sache kann dieselbe während der Dauer der Execution allerdings veräußern, aber der Gläubiger kann, ungeachtet dieser Veräußerung, seine Executionsschritte über die verhypothecirte Sache in der Art verfolgen, als wäre sie nicht veräußert worden." (Wagn. Zeitsch. 1827, VIII. Heft, S. 317).

wenn der Beklagte schuldig ist, dem Kläger eine Summe Geldes zu zahlen, dieser in seinem Executionsgesuche jene Güter des Beklagten nahmhaft zu machen habe, woraus er seine Befriedigung zu erhohlen Willens ist. — Daraus gehet nach meiner Ansicht klar hervor, daß nur jene Güter in Execution gezogen werden können, welche demjenigen angehören, gegen den der Spruch lautet, oder mit dem der Vergleich errichtet worden ist. — Gegen diese Ansicht wird hauptsächlich eingewendet, daß, wenn diese richtig wäre, es geschehen könnte, daß der Kläger nie zum Ziele gelange, wenn sie nähmlich immer, bevor derselbe die Einverleibung des Urtheiles oder Vergleiches im Executionswege bewirken kann, wieder an einen Dritten veräußert würde. — Allein einerseits müßte es der Gesetzgebung überlassen werden, gegen dergleichen unangenehme Folgen Vorsehung zu treffen, wenn sie es nicht schon gethan hat; andererseits glaube ich, daß die Gerichtsordnung gegen solche Umtriebe hinlängliche Sicherheitsmittel an die Hand gebe. — Stellt nähmlich der Kläger gegen den Besitzer einer Realität die hypothekarische Klage an, so setzt dieselbe ihrer Natur nach eine vollkommenen Glauben verdienende Urkunde voraus, auf die sich seine Forderung gründet. Es muß daher, nach §. 298 der G. O., auf kurze Zeit eine Tagsatzung angeordnet werden. — Daß Geklagter die Realität gerade während dieser kurzen Zeitfrist wieder veräußern werde, ist kaum zu erwarten. Wird nun die Tagsatzung angeordnet, so gesteht entweder der Geklagte seine Schuldigkeit, zu gestatten, daß der Kläger seine Befriedigung aus der hypothecirten Sache erhohle, ein, oder nicht. — Im ersten Falle wird das Urtheil von dem Richter sogleich über Eingeständniß des Geklagten geschöpft, und über dasselbe kann ohnehin, da eine Appellation hier nicht zu erwarten ist, nach vierzehn Tagen die executive Intabulation des Urtheils angesucht werden. — Dieses ist auch der Fall, wenn der Geklagte Einwendungen beybringt, worüber sogleich der Endspruch erfolgen kann; bringt er aber solche Einwendungen bey, worüber der Endspruch nicht sogleich geschöpft werden kann, so ist ihm inzwischen die Execution bis zur Sicherstellung zu ertheilen. — Die Sicherstellung besteht aber hier gerade darin, daß dem Kläger das angesprochene

Recht, die Zahlung der schuldigen Summe aus der Hypothek zu hohlen, in der Zwischenzeit nicht vereitelt werden könne. — Auf welche Art und Weise der Geklagte diese Sicherstellung leisten wolle, hängt von seiner Auswahl ab; aber daß er wirklich eine solche Sicherstellung leiste, legt ihm der §. 298 der G. O. auf. Eine solche Sicherstellung kann nun entweder in der Hinterlegung der schuldigen Summe Geldes, oder in Ausstellung eines Reverses, die Sache bis zum Ausgange des Streites nicht zu veräußern u. s. w., geschehen, und wenn die Parteyen über die Art der Sicherstellung nicht übereinkommen, darüber wird der Richter entscheiden. — Wird ein Urtheil geschöpft, so kann dasselbe auch vor erlangter Rechtskraft pränotiret werden, und die Rechtfertigung dieser Pränotirung geschieht dann durch die Executionsklage [1]). Diese Pränotirung ist sohin eine provisorische, oder bedingte executive Intabulation, welche durch die Rechtskraft des Urtheils dann in eine unbedingte übergeht. — — Daher scheint dann in diesem Falle die Execution auch von dem in der Zwischenzeit nachgefolgten Besitzer des hypothezirten Gutes fortgesetzt werden zu können. — Durch ein kluges und verständiges Benehmen des klagenden Gläubigers wird sich also auch diese ohnehin nicht leicht zu befürchtende Folge vermeiden lassen.

§. 467.

Erlöschung des Pfandrechtes.

Wenn die verpfändete Sache zerstört wird; wenn sich der Gläubiger seines Rechtes darauf gesetzmäßig begibt; oder, wenn er sie dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt, so erlischt zwar das Pfandrecht, aber die Schuldforderung besteht noch.

1) Die Erlöschungsarten des Pfandrechtes ergeben sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, aus der Betrachtung, daß es ein dem Gläubiger zur Sicherheit ge-

1) Decret der gallizischen Hofkanzley vom 22. December 1795; J. G. S. Nr. 444.

ner gültigen Forderung verwilligtes, auf einer bestimmten Sache haftendes Recht ist. Dieses Recht erlischt also, wie alle auf eine einzelne Sache gerichteten Rechte, a) durch den Untergang derselben (§. 1447), oder durch eine solche Veränderung, vermöge welcher sie kein Gegenstand der Befriedigung oder Sicherstellung mehr seyn kann, wie wenn sie in Verlust gerathen, oder durch Verboth dem Verkehre entzogen worden ist (§. 448). Bey unbeweglichen Sachen ereignet sich ein solcher Untergang gewöhnlich durch Brand, Demolirung im Kriege, Ueberschwemmung u. s. w. Geschieht die Demolirung zum allgemeinen Besten, in welchem Falle dem Eigenthümer Schadloshaltung geleistet wird (§. 365), so haftet ohne Zweifel das Pfandrecht auf dem dafür zu leistenden Entschädigungsbetrage. Nach dem Untergange eines Theiles dauert es auf dem übrig gebliebenen Theile, z. B. nach Abbrennung oder Demolirung eines Gebäudes, auf der Area, fort. Wird die zu Grunde gegangene unbewegliche Sache wieder hergestellt, das abgebrannte oder demolirte Gebäude wieder aufgebaut, so lebt auch die Hypothek wieder auf. Denn einerseits bleiben in solchen Fällen die untergegangenen Objecte in dem öffentlichen Buche stehen, anderseits ordnet der §. 457 an, daß das Pfandrecht sich auch auf das Zugehör des Pfandes erstrecket. Da nun das Pfandrecht noch immer auf der Area haftet, und nach §. 297 alles dasjenige, was auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt wird, daß es stets darauf bleiben solle, ein Zugehör dieses Grundes und Bodens ausmacht, so kann an der Richtigkeit dieser Behauptung nicht gezweifelt werden. — Aus dieser Bemerkung geht zugleich hervor, daß eine bloße Umwandlung der Form, so wichtig sie auch seyn mag, an den darauf haftenden Hypotheken keine Veränderung hervorbringe. — Ob bey Abbrennung eines Gebäudes die Hypothekargläubiger berechtiget seyen, sich an das dafür aus der Brandversicherungsgesellschaft zu empfangende Geld zu halten, wird aus den allerhöchst genehmigten Statuten derselben zu beurtheilen seyn. Sollte diese hierüber keine ausdrückliche Norm enthalten, so scheint es darauf anzukommen, ob nach denselben der Eigenthümer zur Herstellung seines Gebäudes verpflichtet sey oder

nicht. Im ersteren Falle liegt es in der Natur der Sache, daß die Hypothekargläubiger aus diesem Gelde ihre Befriedigung nicht suchen können, was auch für sie nicht kränkend seyn kann, da nach der obigen Bemerkung ihr Hypothekarrecht auf das neu aufzuführende Gebäude übergeht; dagegen scheint im letzten Falle dieses Recht den Gläubigern zugesprochen werden zu müssen. In wie fern durch die Trennung einzelner Theile vom Hauptgute das Pfandrecht in Ansehung der getrennten Theile erlischt oder nicht, wird bey Erklärung des §. 847 vorkommen.

2) Das Pfandrecht erlischt b), wenn der Gläubiger, zu dessen Gunsten es bestellt worden, darauf Verzicht leistet. Da man, nach §. 863, seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch *stillschweigend* durch solche Handlungen erklären kann, welche, mit Ueberlegung aller Umstände, keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen, so kann kein Zweifel obwalten, daß eine solche Verzichtleistung auch stillschweigend geschehen könne. Als ein solcher stillschweigender Verzicht wird hier vom Gesetze besonders der Umstand erklärt, wenn der Inhaber eines Handpfandes dasselbe, ohne Vorbehalt des weiteren Pfandrechtes oder der Zurückstellung, dem Schuldner aushändiget. Das römische Recht rechnet unter die stillschweigenden Entsagungen auch den Fall, wenn der Gläubiger in die Veräußerung der Sache ohne Vorbehalt seines Pfandrechtes einwilligt. Was nun die beweglichen Sachen anbelangt, so wird mit der Bewilligung der Veräußerung auch gewöhnlich die Zurückstellung des Pfandes verbunden seyn, wo aber dieses nicht der Fall ist, wie, wenn z. B. der Pfandgläubiger das Pfand mit dem Vorbehalte seines Pfandrechtes dem Schuldner bereits eingehändigt, und dann später erst die Bewilligung zur Veräußerung ertheilet hätte, so dürfte dieses auch nach österreichischem Rechte als eine stillschweigende Verzichtzichtleistung um so mehr anzusehen seyn, als bey einer außergerichtlichen Veräußerung das Pfandrecht nicht eo ipso auf den gelösten Kaufschilling übergehen kann. Dagegen liegt es in der Natur der Sache, daß die Bewilligung zur Veräußerung einer Hypothek, welche dem Eigenthümer derselben ohnehin jederzeit

frey steht, als eine solche stillschweigende Verzichtleistung nicht angesehen werden könne.

3) Die Entsagung muß gesetzmäßig seyn, d. i. der Gläubiger muß berechtiget seyn, sich seines Rechtes zu begeben. Es muß daher dem Gläubiger nicht nur allein die freye Verwaltung seines Vermögens zustehen, sondern es darf auch durch die Entsagung nicht das Recht eines Dritten verletzt werden. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn auf der intabulirten Post Supersätze hafteten. Es kann sich ereignen, daß dem Gläubiger wegen einer und der nähmlichen Forderung mehrere einzelne Gegenstände als Pfand übergeben werden, und es fragt sich daher, ob in diesem Falle derselbe dem Pfandrechte auf eine dieser mehreren Sachen, unbeschadet des Pfandrechtes auf die übrigen, gültig entsagen könne? Sind keine Gläubiger vorhanden, die später auf die nähmlichen Sachen ein Pfandrecht erwirkt haben, oder haben diese mit einem späteren Pfandrechte versehenen Gläubiger das Pfandrecht gleichfalls auf diese Gegenstände zusammen genommen erlangt, oder leistet der Gläubiger gerade in Bezug auf diejenige Sache auf das Pfandrecht Verzicht, worauf die nachfolgenden Gläubiger das Pfandrecht erlangt haben, und ist eine und die nähmliche Person Eigenthümer aller Pfandstücke, dann hat die Sache keine Schwierigkeit, weil in diesen Fällen durch die Verzichtleistung keinem Gläubiger ein Nachtheil zugehet, der Eigenthümer der Pfandstücke sich aber um so weniger beschwert finden kann, wenn eine aus den verpfändeten Sachen von der darauf haftenden Last frey gemacht wird. — Ganz anders verhält sich aber die Sache, wenn ein anderer Gläubiger nach der Hand auf eines dieser Pfandstücke, welches in der Verzichtleistung des ersteren Gläubigers nicht begriffen ist, ein späteres Pfandrecht erlangt hat, oder die verschiedenen Pfandstücke auch verschiedene Eigenthümer erhalten haben. Setzen wir z. B. den Fall, Jemand habe seine in gerichtlicher Verwahrung befindliche Uhr, Dose und Ring, wovon jedes dieser Stücke 100 fl. werth ist, für 200 fl. dem Sempronius verpfändet, und später habe er dem Cajus wegen einer Forderung von 100 fl. das Pfandrecht auf den Ring einge-

räumt. — Leistet Sempronius nun rücksichtlich der Dose auf sein Pfandrecht Verzicht, so werden die Uhr und der Ring gerade hinreichen, um seine eigene Forderung zu befriedigen, und der Cajus wird dadurch alle Sicherheit verlieren. — Es scheint nun nicht, daß Jemand durch Verzichtleistung auf einen Theil des ihm zur Sicherheit gegebenen Pfandes die Sicherheit des anderen Gläubigers eigenmächtig gefährden könne. — Oder nehmen wir an, der Eigenthümer der Pfandstücke habe den Ring an Cajus verkauft. Leistet nun Sempronius rücksichtlich der Dose auf sein Pfandrecht Verzicht, so schadet dieses offenbar dem nunmehrigen Eigenthümer des Ringes. Was ist nun hier Rechtens? — Das Pfandrecht, als untheilbares Recht, haftet mit ganzer Summe auf jedem einzelnen Pfandstücke; da eben diese Pfandstücke insgesammt nur für eine und dieselbe Forderung haften, so kann bey denselben das Rechtsverhältniß einer passiven Correalität eintreten, und dann muß das, was von dieser gilt, auch hier zur Anwendung kommen; denn sobald mehrere in solidum oder zur ungetheilten Hand wegen einer Forderung haften und belangt werden können, ist es in der Rechtssphäre gleichgültig, ob jene Solidarhaftung aus einem persönlichen, oder aus einem dinglichen Verhältnisse entspringt, ob es auf Personen oder Sachen sich bezieht. Die Wirkungen der passiven Correalität bestehen nun, nach österreichischem Rechte, in Folgendem: 1) Jeder Correus haftet für das Ganze. Es hängt dann von dem Gläubiger ab, ob er von allen, oder von einigen Mitschuldnern das Ganze, oder nach von ihm gewählten Antheilen, oder ob er es von einem Einzigen fordern wolle. Wird er von dem einen oder anderen Mitschuldner nur zum Theile befriedigt, so kann er das Rückständige von den übrigen fordern (§. 891). 2) Hat ein Mitschuldner die ganze Schuld bezahlt, so darf der Gläubiger von den übrigen Mitschuldnern nichts mehr fordern (§. 893). 3) Unter den Mitschuldnern bleibt jener, der das Ganze, oder mehr als seinen Antheil bezahlt hat, berechtigt, von Allen den verhältnißmäßigen Ersatz pro rata debiti zu verlangen. Die erhaltene Befreyung eines Mitverpflichteten kann den übrigen bey der Forderung des Ersatzes nicht nachtheilig seyn (896).

Was nun bey der bestehenden Correalität zwischen den Personalschuldnern Rechtens ist, muß es auch in Hinsicht der Pfandschuldner seyn, und man kann die zwischen ihnen bestehende Correalität die correalitas realis benennen. — Daraus ergibt sich a) daß der Pfandgläubiger berechtiget sey, aus jedem Pfandstücke sich zahlhaft zu machen, und wenn er aus demselben nicht seine ganze Befriedigung erhalten könnte, er das Rückständige aus den übrigen Pfandstücken hohlen könne; b) daß, wenn er aus einem Pfandstücke seine Befriedigung erhalten hat, er kein Recht mehr auf die übrigen Pfandstücke habe; c) daß aber auch der Pfandschuldner, der das Ganze aus seiner Sache berichtiget hat, von den übrigen Pfandschuldnern verlangen könne, daß sie gestatten, sich den verhältnißmäßigen Ersatz aus ihren verpfändeten Sachen zu verschaffen, und daß eine Verzichtleistung des Gläubigers auf sein Pfandrecht, hinsichtlich einzelner Pfandstücke, den übrigen Pfandschuldnern in Ansehung dieses Ersatzes nicht nachtheilig seyn könne. Die Verzichtleistung des Gläubigers auf sein Pfandrecht kann also den Pfandinhaber nur in so weit von seiner Last befreyen und den nachfolgenden Gläubigern zu Guten kommen, als daraus noch immer der den Pfandschuldnern gebührende Ersatz geleistet werden kann.

Um das Ganze anschaulicher zu machen, wollen wir auf obiges Beyspiel zurückkehren. Gesetzt: Julius, der dem Sempronius die Dose, die Uhr und den Ring verpfändet hat, habe später die Uhr an Titus, und den Ring an Cajus veräußert. Sempronius leistet nun später rücksichtlich der Dose auf sein Pfandrecht Verzicht, und sucht seine Befriedigung aus der Uhr und dem Ringe, welche um 200 fl. versteigert werden, um welchen Betrag sämmtliche drey Stücke verpfändet waren. — Dadurch entsteht für den Titus und Cajus das Recht, zu verlangen, daß auch die Dose veräußert, und ihnen der zu gleichen Theilen auf die Dose entfallende Betrag per 66 fl. 40 kr. (vorausgesetzt, daß die Dose gleichfalls um 100 fl. an Mann gebracht wird) aus diesem Kaufschillinge vergütet werde. — Der Eigenthümer der Dose kann sich dadurch in seinen Rechten nicht gekränkt finden, weil die Befreyung eines Mitverpflichteten den

übrigen bey der Forderung des Ersatzes nicht nachtheilig seyn kann (§. 896), auch nicht diejenigen, welche etwa nach der Hand auf die Dose ein Pfandrecht erlangt haben, weil die Begebung des Rechtes des ersten Pfandgläubigers zum Nachtheile der übrigen Pfandgläubiger gesetzwidrig wäre, und nur durch eine gesetzmäßige Entsagung das Pfandrecht erlischt; der Sempronius kann sich aber dagegen nicht beschwert finden, weil er nach seiner Befriedigung kein Recht mehr hat, eine weitere Zahlung zu fordern.

Nach diesen auseinandergesetzten Rechtsverhältnissen zwischen den einzelnen Pfandschuldnern gehe ich nun auf die der Pfandgläubiger über, und setze daher den Fall, daß Cajus den Ring weiters an Sixtus um 50 fl. verpfändet hätte. Da jeder der Pfandschuldner, in wie weit es das Rechtsverhältniß unter sich betrifft, nur nach dem Verhältnisse des Werthes der verpfändeten Sache für die Schuld haftet, und dieses Verhältniß durch eine einseitige Handlung des Sempronius nicht zerstört werden kann, so muß auch angenommen werden, daß Cajus dem Sixtus das Pfandrecht auf den Ring in so weit zum Pfande geben wollte, als aus der Veräußerung desselben, nach Abschlag des auf ihn für die Schuldforderung des Sempronius entfallenden Betrages, noch am Kaufschillinge erübriget. Die einseitige Verzichtleistung des Sempronius kann daher dieses Recht des Sixtus nicht verletzen. — Die Verzichtleistung des ersteren kann demnach nur in der Rücksicht gültig seyn, als er dem Sixtus das Recht einräumet, sich in so weit, als er dadurch an seiner Sicherheit gefährdet wird, aus der Dose zahlhaft zu machen. Daß der Pfandgläubiger nicht berechtiget sey, zum Nachtheile eines Dritten sich seines Pfandrechtes zu begeben, geht ganz deutlich aus der Vorschrift des §. 1360 hervor, welcher anordnet, daß, wenn dem Gläubiger vor, oder bey Leistung der Bürgschaft von dem Hauptschuldner oder einem Dritten ein Pfand gegeben wird, er nicht befugt sey, zum Nachtheile des Bürgen sich des Pfandrechtes zu begeben, obschon es ihm auch freysteht, sich wegen seiner Befriedigung an den Bürgen zu wenden.

4) Ein ähnlicher Fall kann auch bey unbeweglichen Sachen eintreten, wenn nähmlich der Gläubiger bey den auf mehreren Grundstücken mit ungetheilter Summe eingetragenen Hypotheken, der Hypothek auf einem Grundstück, jedoch unbeschadet seiner Hypothek auf den übrigen Grundstücken, entsagen will. — Hier kömmt es nun darauf an, ob in den öffentlichen Büchern die Gesammthaftung dieser Grundstücke eingetragen sey oder nicht. Im ersteren Falle ist die Correalität der hypothecirten Objecte hergestellt; so lange dieses nicht geschehen ist, mangelt es an der Verbindung, ohne welche eine Correalität nicht gedacht werden kann. — Daher tritt auch nur in diesem Falle das oben in Ansehung der beweglichen Pfandstücke berührte Rechtsverhältniß ein. — Setzen wir: Jemand besitze drey Häuser, wovon jedes 10000 fl. werth ist. Er will nun ein Darleihen von 10000 fl. aufnehmen; derjenige, der sich zur Leistung des Darleihens von 10000 fl. herbeyläßt, will nun von seiner Seite die möglichst größte Sicherheit genießen, welche nur dann erreicht werden kann, wenn auf jedem Hause die ganze Forderung pr. 10000 fl. eingetragen wird. — Wollte er das Darleihen in drey gleiche Theile sondern, so, daß auf jedes Haus nur 3333 fl. 20 kr. intabulirt würden, so würde er eines Theils jene volle Sicherheit nicht genießen, da z. B. eines aus diesen Häusern zu Grunde gehen kann. Würde daher auch für die übrigen Häuser der volle Betrag von 20000 fl. gelöset, so könnte er doch aus diesem Erlöse nur 6666 fl. 40 kr. beziehen, und würde sohin mit den übrigen 3333 fl. 20 kr. ganz oder zum Theile durchfallen. Wird aber auf jedem Hause die volle Summe von 10000 fl. eingetragen, so mögen zwey Häuser zu Grunde gehen, er wird aus dem einem Hause allein seine volle Befriedigung erhalten, und anderen Theils macht es weit mehrere Umtriebe, wenn er diese 10000 fl. von allen dreyen Realitäten einzutreiben gezwungen ist. — Der Schuldner muß aber wünschen, daß ihm die drey Realitäten, welche zusammen 30000 fl. werth sind, und auf welche nur 10000 fl. haften, noch für ein weiteres Darleihen Sicherstellung leisten, welches nicht geschehen wird, sobald wir uns jede dieser Realitäten an und für sich mit

10000 fl. belastet denken. — Es kann nun die größtmöglichste Sicherheit des Gläubigers mit dem Vortheile des Schuldners nur dann in Vereinigung gebracht werden, daß alle drey Häuser dem Gläubiger dergestalt als Hypothek bestellt werden, daß sie in Ansehung seiner als eine Gesammtsache angesehen werden sollen, auf deren einzelnen Theilen die Gesammtsumme haftet. — Dieses wird nun dadurch bewerkstelliget, wenn bey der Eintragung des Pfandrechtes auf jeder Realität bemerkt wird, auf welchen Gütern dieser Forderung halber noch eine Hypothek eingetragen ist. Dadurch entsteht nun eine Correalverpflichtung dieser einzelnen Realitäten, und der Gläubiger kann zum Nachtheile der übrigen Hypothekbesitzer, oder der auf die übrigen Hypotheken weiters eingetragenen Gläubiger, nicht auf die einzelne Hypothek, Verzicht leisten. Denn jeder auf das einzelne Gut eingetragene Gläubiger ist bey Beurtheilung seiner Sicherheit auch darauf Rücksicht zu nehmen berechtiget, daß dem ihm vorgehenden Gläubiger nicht diese Realität allein, sondern auch die übrigen als Pfand verschrieben sind. — Es kann daher eine Entsagung zum Nachtheile dritter Besitzer der übrigen conjunctim hypothecirten Güter, oder der auf denselben nach jener Gesammthypothek eingetragenen Gläubiger nicht geschehen, ohne daß dieselben früher hierüber einvernommen werden, und wenn der Gläubiger nur eine dieser Realitäten in Execution ziehen würde, zu welchem er nach dem oben Gesagten allerdings berechtiget ist, so muß demjenigen, der dadurch Nachtheil erleidet, das Pfandrecht auf die übrigen Sachen in so weit vorbehalten bleiben, daß er aus demselben seinen Schadenersatz sich verschaffen kann. — Die Wahrheit des Gesagten ergibt sich auch aus dem §. 1423. Dort heißt es: „Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die Zahlung von einem Dritten in der Regel nicht aufgedrungen werden. Nimmt er sie aber an, so ist der Zahler berechtiget, selbst noch nach der geleisteten Zahlung die Abtretung des dem Gläubiger zustehenden Rechtes zu verlangen." — Unter sich stehen, wie bereits bemerkt worden, sämmtliche verpfändeten Realitäten in einem Correalitätsverhältnisse, und sohin kann keine, zum Nachtheile

der andern, von der darauf haftenden Pfandlast befreyet werden. — Wird daher die Zahlung aus einer Hypothek geleistet, so ist derjenige, aus dessen Vermögensmasse die Zahlung geleistet worden ist, dieser möge sohin der dritte Hypothekbesitzer, oder der auf diese Hypothek intabulirte Gläubiger seyn, berechtigt, von dem befriedigten Gläubiger zu fordern, daß er ihm die Hypothek in so weit abtrete, als er aus der veräußerten Hypothek mehr bezogen hat, als selber, im Gegenhalt zu den Hypothekargütern, zu zahlen verpflichtet war.

§. 468.

Das Pfandrecht erlischt ferner mit der Zeit, auf welche es eingeschränkt war, folglich auch mit dem zeitlichen Rechte des Pfandgebers auf die verpfändete Sache; wenn anders dieser Umstand dem Gläubiger bekannt war, oder aus den öffentlichen Büchern bekannt seyn konnte.

1) Daß das Pfandrecht auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden könne, versteht sich nach dem Grundsatze: quidquid lege non prohibitum, id de jure permissum, von selbst, ist aber auch ausdrücklich durch den Wortlaut dieses §. anerkannt. Diese Beschränkung kann von dem Schuldner selbst, oder einem Dritten, der das Pfand bestellt, oder zur Ertheilung des Pfandrechtes seine Einwilligung zu geben hatte, beygefügt werden. — Es leuchtet schon dem gesunden Menschenverstande ein, daß sich das Pfandrecht mit Ablauf der Zeit, auf die es eingeschränkt war, enden müsse. — Dieser Fall kommt, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkte, insbesondere bey Cautionen vor, die für die zuverlässige Amtsverwaltung eines Anderen geleistet werden. Sie haften also nur für jene Mängel, die in dem festgesetzten Zeitraume vorfallen.

2) Da der Pfandgeber dem Pfandnehmer kein ausgedehnteres Recht auf die verpfändete Sache einräumen kann, als er selbst hat, so liegt es wohl auch in der Natur der Sache, daß, wenn das Recht des Pfandgebers auf die verpfändete Sache nur

ein zeitliches ist, dasselbe auf einen längeren Zeitpunct nicht ausgedehnt und einem Andern überlassen werden könne. — Dieses ist z. B. bey dem Fideicommißbesitzer der Fall, wenn er die Früchte des Fideicommißgutes verpfändet.

3) Dabey wird jedoch vorausgesetzt, daß das zeitliche Recht des Verpfänders dem Pfandberechtigten bekannt war, oder doch aus den öffentlichen Büchern bekannt seyn konnte. Denn war die Beschränkung dem Gläubiger unbekannt, und war sie, in so fern der Gegenstand des Pfandrechtes eine unbewegliche Sache, oder ein auf einer solchen Sache haftendes Recht ist, in den öffentlichen Büchern nicht eingetragen, so haftet derjenige, der die verpfändete Sache dem Verpfänder anvertrauet (§. 456), oder die gehörige Vorsicht unterlassen hat.

§. 469.

Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf. Der Pfandgeber ist aber die Schuld nur gegen dem zu tilgen verbunden, daß ihm das Pfand zugleich zurückgestellt werde. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist.

1) Das Pfandrecht setzt immer eine gültige Forderung voraus. Wenn diese wegfällt, ist auch das Pfandrecht erloschen, und der Gläubiger hat kein Recht mehr, dasselbe fortan zu behalten, sondern ist dem Pfandgeber das Handpfand zurück zu geben schuldig, und besteht das Pfand in einer Hypothek, so hat derselbe den Schuldner in die Lage zu setzen, die Löschung der Schuld aus den öffentlichen Büchern erwirken zu können. Nach getilgter Schuld kommen dem Inhaber des Handpfandes lediglich die Rechte und Pflichten eines Verwahrers zu, und er ist nicht einmahl berechtiget, das Pfand wegen einer anderen Forderung zurück zu behalten (§. 471).

2) Indessen ist es gefährlich dem gewesenen Gläubiger nach Bezahlung der Schuld das Pfand noch fortwährend in Händen

zu belassen. — Veräußert er dasselbe, so wird derjenige, der es redlicher Weise an sich bringt, Eigenthümer (§. 367); dem Schuldner geht das Recht auf die Sache verloren, und ihm bleibt lediglich das Recht der Schadenersatzforderung gegen seinen früheren Gläubiger übrig. — Nach getilgter Schuld ist zwar der Pfandbesitzer nicht mehr berechtiget, die ihm als Pfand gegebene Sache, eben weil sein Pfandrecht dadurch aufhört, an jemanden Anderen zu verpfänden; würde er aber dasselbe dessenungeachtet thun, so bliebe dem redlichen dritten Pfandinhaber allerdings sein Pfandrecht hierauf gesichert (§. 456). Aus diesem Grunde berechtiget auch das Gesetz den Schuldner, mit der Bezahlung seiner Schuld so lange zurück zu halten, bis ihm von dem Gläubiger das Pfand ausgehändiget wird. Liegt dem Schuldner daran, sich z. B. wegen der fortlaufenden Interessenzahlung von seiner Schuld zu befreyen, und der Gläubiger verweigert die Zurückstellung des Pfandes, so steht dem Schuldner das Recht zu, das Geld gerichtlich zu deponitiren (§. 1425).

3) Indessen steht kein Hinderniß im Wege, daß Gläubiger und Schuldner nach getilgter Schuld ein neuerliches Uebereinkommen treffen können, vermöge welchem das Handpfand für eine andere schon dermahlen bestehende, oder auch nur eventuelle Forderung, für die es ursprünglich nicht übergeben wurde, verhaftet bleiben solle.

4) Ueber den eigentlichen Sinn und die Bedeutung der letzteren Bestimmung des gegenwärtigen §., so wie über die sich hieraus ergebenden Folgerungen, herrscht zwischen den Gerichtshöfen und den Schriftstellern eine große Verschiedenheit der Ansichten und Meinungen. Manche beziehen den Ausdruck „verhaftet" hier bloß auf das Formelle der Eintragung, und behaupten, daß diese Anordnung keine anderen nachtheiligen Folgen für den Hypothekarbesitzer, welcher nach getilgter Schuld die Löschung nicht erwirkt hat, nach sich ziehen könne, als daß a) von der Grundbuchsführung fortwährend Cessionen, Pränotationen und Executionen angenommen werden müssen; dann b) daß dadurch für den Erwerbenden das Recht des Besitzes begründet werde; daß ferner c), wenn eine solche Erwerbung in der

§§. 1467 — 1469 bestimmten Zeit nicht angefochten wird, der redliche Besitzer die Hypothek ersitzen könne; endlich d) daß der Hypothekenbesitzer dem erwerbenden Dritten die Compensation anderweitiger, selbst gleichartiger Forderungen, außer dem Fall des §. 1443, nicht mehr entgegen setzen könne. Uebrigens könne der Hypotheksbesitzer dem Pränotanten, Cedenten, Exequenten, nach Inhalt der §§. 1395 u. 1396, die geschehene Tilgung und überhaupt alles einwenden, was ihm gegen den ersten Gläubiger einzuwenden zustand, die einzige Compensation ausgenommen, weil diese letztere der §. 1443 ausdrücklich verbiethe, und somit könne der Hypothekenbesitzer für keinen Fall zur nochmahligen Zahlung verhalten werden. — Dagegen sprechen sich Andere für die Meinung aus, daß der Hypotheksbesitzer dem Cessionär, Pränotanten oder Exequenten, ungeachtet der Tilgung der Schuld, den cedirten oder pränotirten Betrag, so weit die Hypothek ausreicht, noch ein Mahl berichtigen müsse. — Da ich gleichfalls der letzteren Meinung beypflichte, so will ich die zur Unterstützung für die erstere Meinung angeführten Gründe vorerst einer Prüfung unterziehen.

Erstens behauptet man, daß die letztere Meinung die §§. 1395 u. 1396 gegen sich habe, welche ausdrücklich von allen Forderungen ohne Unterschied, ob sie bücherlich versichert sind oder nicht, handeln. Daß diese §§. auch grundbüchlich versicherte Forderungen in sich begreifen, gehe aus dem §. 1398 hervor, wo das Gesetz wirklich, in Bezug auf diese, eine Abweichung von den in den früheren §§. im Allgemeinen ausgesprochenen Grundsätzen bezeichnet; die hier aber vom Gesetze selbst berührte Ausnahme befestige die Regel für alle nicht ausgenommenen Fälle.

Zweytens verfüge der §. 928 ausdrücklich, daß Schulden und Rückstände stets vertreten werden müssen. Auch aus dem Inhalte des §. 1397, in Verbindung mit dem §. 1398, gehe hervor, daß selbst grundbüchlich versicherte Forderungen, wenn sie abgetreten werden, in allen Fällen vertreten werden müssen, wo es sich um etwas anders, als die Priorität der Forderung handelt. Sobald aber eine bücherliche, selbst abgetretene

Forderung einer Vertretung benöthige, muß sie auch angefochten werden können.

Drittens spreche der deutliche Inhalt des §. 1443 am stärksten für die erstere Meinung. Dieser §. handle ausdrücklich von den bücherlichen Forderungen, und setze gleichfalls eine Ausnahme in Ansehung der Einwendung der Compensation fest, wenn solche nicht gleichfalls bey der Forderung selbst bücherlich einverleibt ist. Indem also das Gesetz die einzige Compensation als Einwendung ausnimmt, und selbst diese nicht, sobald sie dem Cessionär bey Uebernehmung der Forderung bekannt gemacht worden ist, so lasse das Gesetz eo ipso alle übrigen Einwendungen auch gegen bücherlich einverleibte Forderungen in Wirksamkeit bestehen.

Viertens würde eine große Gefährdung der Privatrechte daraus entstehen, wenn der arme Schuldner schon darum eine bereits getilgte Schuld an einen Dritten bezahlen müßte, weil er nicht sogleich die Löschung der Schuldurkunde erwirkte, da es doch so vielfältige Hindernisse gebe, löschungsfähige Quittungen zu erhalten, oder solche sogleich zur bücherlichen Einverleibung zu bringen. Der vorsichtigste Hypothekbesitzer würde dadurch den mannigfaltigsten Betriegereyen ausgesetzt. Es braucht ein Betrieger nur eine falsche Schuldurkunde zur Verbücherung zu bringen, die Forderung geschwinde abzutreten, und der Hypothekbesitzer müßte dann dem Cessionär ohne Einwendung bezahlen, ohne daß er sich gegen den Betrieger hätte schützen können.

Fünftens. Wenn der öffentliche Credit der Grundbücher so unantastbar in Bezug auf die Richtigkeit der übertragenen Forderungen wäre, so brauchte es in Ansehung derselben keiner weiteren Rechtsführung und Urtheile; es müßte auf eine solche Cession unbedingt die Execution ertheilt werden können, was aber gewiß Niemanden zu behaupten einfallen wird. Endlich

Sechstens, wenn dieses wirklich der Wille des höchsten Gesetzgebers wäre, so könnte derselbe nur dann gerechtfertiget werden, wenn das Gesetz dem Schuldner einen ausgiebigen Schutz gegen die Hindernisse der Ausquittirung gewähren würde, welcher Schutz nur darin bestehen könnte, daß die Zahlung bü-

cherlicher Forderungen nur im Angesichte der Grundbücher zu geschehen hätte, und solche sogleich von der Grundbuchsführung bemerkt und eingetragen werden müßte.

Diesen Gründen glaube ich nun folgende Gegengründe entgegen stellen zu müssen:

Ad 1. Es darf von einem wohlgeordneten Gesetzbuche überhaupt nicht, am wenigsten aber von einem solchen, das, wie das österreichische, der Kürze sich befleißt, gefordert werden, daß es bey Auseinandersetzung eines Rechtsinstitutes auch jene Folgerungen aufnehme, welche die Concurrenz eines anderen Rechtsverhältnisses nothwendig hervorbringt. Jedes Rechtsinstitut trägt seine Eigenheiten in die Verhältnisse des Lebens über, und wird von den Bestimmungen nicht beirret, welche der Gesetzgeber in einer anderen Beziehung zu erlassen für gut findet. — Dort, wo ein doppeltes Rechtsverhältniß bey einer Person eintritt, muß auch immer der duplex personarum respectus, in welchem sich diese Person befindet, genau geachtet und unterschieden werden. Wenn der Fruchtnießer in dem ihm zur Fruchtnießung übergebenen Grunde einen Schatz findet, so hat er ohne Zweifel auf ein Drittheil desselben Anspruch zu machen, ungeachtet der §. 511 ausdrücklich sagt, daß der Fruchtnießer auf einen Schatz, welcher in dem zur Fruchtnießung bestimmten Grunde gefunden wird, keinen Anspruch habe. Ein Aehnliches ist hier der Fall. Die §§. 1395 u. 1396 bestimmen lediglich die persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten des Cedenten, Cessionärs und des Cessus; die dinglichen Rechte, welche für diese Personen aus der Hypothek entstehen, sind lediglich aus dem Hauptstücke von dem Pfandrechte zu entnehmen. In Ansehung der persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten dieser juridischen Personen macht es auch der Regel nach keinen Unterschied, ob die cedirte Forderung grundbüchlich versichert ist oder nicht; aber es konnte bey Festsetzung dieser gesetzlichen Anordnungen nicht in der Absicht des höchsten Gesetzgebers liegen, daß diese Umänderung der persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten auch eine Aenderung in dem dinglichen Hypothekarrechte des Gläubigers hervorbringen solle. Setzen wir den Fall: A cedire die Forderung, die

er an den B zu stellen hat, und welche auf dem Hause des letzteren grundbüchlich intabulirt ist, an den C. Ist nun dem B diese Abtretung nicht bekannt geworden, und er bezahlt in der Zwischenzeit seinen ursprünglichen Gläubiger A, so hat er keine persönliche Verbindlichkeit, den C zu befriedigen, ungeachtet dieser die Cession auf die Forderung des A superintabuliren ließ; und der C kann auf den Grund der superintabulirten Cession keine persönliche Klage gegen den B erheben. Daß ihm aber auch die dingliche Klage aus dem Hypothekarrechte versagt seyn solle, davon melden die §§. 1395 u. 1396 nichts. Daß der höchste Gesetzgeber im §. 1398 ausdrücklich von grundbüchlich einverleibten Forderungen eine Erwähnung macht, kömmt daher, weil nach dessen Absicht die Eintragung der Forderung in die öffentlichen Bücher hier auf das persönliche Recht des Uebernehmers Einfluß haben solle, wegen der Uneinbringlichkeit der Forderung Entschädigung zu fordern.

Ad 2. Der §. 449 sagt ausdrücklich, daß sich das Pfandrecht immer auf eine gültige Forderung beziehe; wo also diese nicht vorhanden ist, kömmt auch das Pfandrecht außer Wirksamkeit. Das Gesetz redet auch hier ganz im Allgemeinen, und macht keinen Unterschied, ob der Gegenstand des Pfandrechtes eine bewegliche oder unbewegliche Sache sey. — Es ist also auch ganz richtig, daß bey versuchter Ausübung des Hypothekarrechtes über die Gültigkeit der Forderung selbst gestritten werden könne, und daß in diesem Falle die Vertretung Platz greifen müsse. — Liegt aber dem Pfandrechte eine gültige Forderung zum Grunde, und handelt es sich sohin nicht darum, die Gültigkeit der Forderung selbst zu bestreiten, sondern um die Behauptung, daß die Schuld bereits getilgt, und daher auch das Pfandrecht erloschen sey, so greift, nach der Vorschrift dieses §., der Unterschied Platz, ob der Gegenstand desselben eine bewegliche oder unbewegliche Sache sey, und es erklärt für den letzteren Fall der §. ausdrücklich, daß durch die Tilgung der Schuld die Hypothek nicht aufhöre.

Ad 3. Hier gilt dasselbe, was oben ad 1 bemerkt worden ist, daß nähmlich hier von persönlichen Sachenrechten

die Rede sey, und daß der höchste Gesetzgeber dadurch in den im gegenwärtigen Hauptstücke festgestellten Bestimmungen der dinglichen Sachenrechte keine Aenderung machen wollte. Wird eine bücherlich eingetragene Forderung allmählich auf Mehrere übertragen, so kann der Schuldner (cessus), welcher von der Abtretung keine Kenntniß erlangt hatte, und daher den ursprünglichen Gläubiger bezahlt hat, dem die Forderung einklagenden Cessionär allerdings die Einwendung der Zahlung entgegen setzen, und sich dadurch von seiner persönlichen Verbindlichkeit, diese Schuld noch ein Mahl zu bezahlen, befreyen; aber er muß demselben (Cessionär), in so fern dieser die Superintabulation der Cession erwirkt und die Vorschrift des §. 455 befolgt hat, gestatten, daß er sich aus der Hypothek zahlhaft mache; dagegen wird es dem Schuldner auch in Bezug auf seine persönliche Verbindlichkeit nichts nützen, wenn er dem klagenden Cessionär die Einwendung der Compensation entgegen setzt, wenn nicht diese Gegenforderung ebenfalls, und zwar bey der Forderung selbst, eingetragen, oder dem Cessionär bey Uebernehmung derselben besonders bekannt gemacht worden ist. Der Cessionär darf sich in diesem Falle nicht auf die Hypothek beschränken, sondern kann die Zahlung auch aus anderen Vermögenstheilen des Schuldners eintreiben.

Ad 4. Es ist nicht abzusehen, wie eine große Gefährdung der Privatrechte aus der Ansicht, die ich vertheidige, entstehen sollte, indem es Jedem möglich gemacht ist, sich vor Schaden zu sichern. Denn der Schuldner einer intabulirten Forderung ist nicht genöthigt, wie ich weiter unten, Nr. 6, zeigen werde, die Schuld zu bezahlen, wenn ihm nicht von dem Gläubiger eine solche Urkunde übergeben wird, durch welche er die Löschung dieser Schuldpost erwirken, oder die er wenigstens zur Intabulation bringen kann. Verweigert ihm der Gläubiger die Ausstellung einer solchen Urkunde, und will sich der Schuldner von der Schuld frey machen, so steht ihm frey, den Schuldbetrag gerichtlich zu hinterlegen. Vernachlässigt er diese gesetzlichen Vorsichten, so mag er es nur seinem eigenen Verschulden zuschreiben, wenn er in die Lage kömmt, eine bereits bezahlte Schuld zum zweyten Mahle zahlen zu müssen. — Das angeführte Beyspiel von

einem Betrieger, der eine falsche Urkunde zur Verbücherung bringt, ist nicht passend, denn hier handelt es sich um eine an und für sich ungültige Forderung, welcher Fall, wie bereits erwähnt worden ist, von dem Falle, als eine ursprünglich gültige Forderung in der Folge durch die Zahlung erlischt, ganz verschieden ist.

Ad 5. So wie alles sein bestimmtes Maß und Ziel hat, so auch der Credit der öffentlichen Bücher. — Der Gesetzgeber muß daher allerdings nicht nur auf den Schutz des Pfandberechtigten, sondern auch auf den des Eigenthümers des Hypothekargutes denken. Würde durch die bloße Eintragung einer Forderung in das Hypothekenbuch selbe schon zur gültigen erhoben, so würde freylich den Betriegereyen ein Weg gebahnt, für den schwerlich Vorsorge zu treffen wäre.

Ad 6. Da, wie bereits gezeigt wurde, das Gesetz dem Schuldner einen ausgiebigen Schutz gegen die Hindernisse der Ausquittirung dadurch gewähret, daß es ihm erlaubt, mit der Zahlung zurück zu halten, wenn der Gläubiger ihm die zu seiner Sicherstellung dienende Urkunde nicht übergibt, und in einem solchen Falle die Depositirung an Zahlungsstatt eintreten kann; so ist selbst nach der gegentheiligen Behauptung meine Ansicht wenigstens legislatorisch gerechtfertiget.

Wäre die gegentheilige Ansicht richtig, so ginge durch die Bezahlung einer intabulirten Schuld eine wesentliche Veränderung in den Wirkungen des grundbüchlich eingetragenen Pfandrechtes vor, von welcher in dem Gesetze weder im gegenwärtigen, noch in anderen Paragraphen Andeutungen zu finden sind. Mit der Widerlegung der gegen die Ansicht, die ich vertheidige, gerügten Bedenken ist somit die Richtigkeit der letzteren selbst dargethan. Wenn der Gesetzgeber sagt: „Ein Hypothekargut bleibt so lange *verhaftet*, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist," so hat er doch offenbar keine bloß formelle Anordnung treffen wollen.

5) Ein anderer Zweifel ist bereits über den eigentlichen Sinn dieser Worte gerichtlich zur Sprache gekommen, der darin besteht: ob durch die Tilgung der Schuld die Hypothek nicht

wenigstens in Bezug auf den Gläubiger erlösche? so, daß derselbe für ein später gegebenes Darlehen die frühere, noch nicht gelöschte, Hypothek nicht mehr benützen könne. Es ereignete sich nähmlich der Fall, daß von dem Schuldner dem Gläubiger seine intabulirte Forderung zurückbezahlt, später aber zwischen beyden Theilen ein neues Darlehen contrahiret, und sich dabey die alte Hypothek, welche noch nicht gelöscht war, ausbedungen wurde. — Nun entstand zwischen den nachfolgenden Gläubigern und diesen vor ihnen eingetragenen ein Vorrechtsstreit, in welchem letztere den Vorrang aus dem Grunde behaupteten, weil durch die geleistete Zahlung das Pfandrecht für den vorgehenden Gläubiger erloschen sey. Denn der gegenwärtige §. stelle im Eingange die allgemeine Regel auf, daß durch die Tilgung der Schuld das Pfandrecht aufhöre; die Endworte desselben enthalten die Ausnahme hievon, welche daher strenge zu interpretiren sey. — Wenn man den Sinn der letzteren Stelle näher betrachte, so dränge sich von selbst die Frage auf, wem ein solches Hypothekargut verhaftet bleibe? — Dem Gläubiger selbst, welcher in Ansehung seiner intabulirten Forderung ganz befriediget ist, könne es doch nicht mehr verhaftet bleiben, weil sein Pfandrecht nur eine Befestigung seiner Forderung war, daher nach Aufhören derselben auch deren Befestigung nothwendig hinwegfällt. Auch sage die Ausnahme nicht, daß das Hypothekargut dem Gläubiger verhaftet bleibe; es könne daher nur derjenige gemeint seyn, der sich durch die Einsicht in das öffentliche Buch überzeugt, daß in Ansehung einer Forderung, von deren Erlöschen ihm nichts bekannt ist, ein Hypothekarrecht eingetragen stehe, und sich dadurch bestimmen läßt, ein Darleihen gegen Afterverpfändung dieses Hypothekarrechtes zu geben. Allein gegen diese Ansicht streiten folgende Gründe:

a. Die Worte des gegenwärtigen §. machen keinen Unterschied; sie sprechen ganz allgemein aus, daß durch die Tilgung der Schuld allein die Hypothek nicht aufgehoben werde, sondern daß diese Aufhebung nur durch die Tilgung der Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern geschehe.

b. Die einschränkende Auslegung, die dem gegenwärtigen §. dadurch gegeben werden will, scheinet weder aus dem Zusammenhange der Worte dieser Gesetzesstelle unter sich, noch aus dem Zusammenhange derselben mit anderen Paragraphen des Gesetzbuches, noch aus der klar hervorleuchtenden Absicht des Gesetzgebers selbst gerechtfertiget werden zu können, welche Rechtfertigung doch Platz greifen müßte, wenn diese Gesetzesauslegung die richtige seyn sollte (§. 6).

Ich sage, diese Auslegung werde durch den Zusammenhang der Worte dieses §. selbst nicht gerechtfertiget. — Schon die Behauptung, daß der Vordersatz Regel, dagegen der Nachsatz Ausnahme sey, scheint irrig zu seyn. Die Bedeutung des Ausdruckes „Pfandrecht" ist nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche doppelsinnig: allgemein und enge. Zuweilen begreift es bewegliche und unbewegliche Sachen als dessen Objecte in sich; manchmahl beschränkt es sich lediglich auf bewegliche Sachen. Im gegenwärtigen §. kommt dieser Ausdruck im letzteren Sinne vor; denn das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch erkennt, §. 448, nur zwey Gattungen von Pfändern, nähmlich: das Handpfand, und die Hypothek oder das Grundpfand. So oft daher der Ausdruck „Pfand" oder „Pfandrecht", im Gegensatze der Hypothek, vorkömmt, so kann derselbe immer nur in der engeren Bedeutung genommen werden. Jede Regel muß jedoch immer mehrere Fälle in sich begreifen; was kann aber in dem Ausdrucke „Pfandrecht" im gegenwärtigen §. verstanden werden, wenn die Hypothek davon ausgenommen ist? — Gesetzt aber, es wäre der Nachsatz im gegenwärtigen §. wirklich als eine Ausnahme von der im Eingange dieses §. statuirten Regel anzunehmen; wo ist in unserem Gesetzbuche die Bestimmung enthalten, daß in den Fällen, wo der Gesetzgeber von den aufgestellten allgemeinen Regeln Ausnahmen zu machen findet, eine andere Auslegung Platz zu greifen habe, als welche er für alle Gesetze überhaupt festgestellt hat?

Ob aber nicht der Zusammenhang des gegenwärtigen §. mit anderen Gesetzesstellen eine solche Veranlassung darbiethe, soll nun untersucht werden.

In dieser Hinsicht wird zwar behauptet, daß der Pfandvertrag bloß ein accessorischer Vertrag sey, der ohne dem Bestehen einer anderweitigen gültigen Forderung gar nicht gedenkbar sey. Wie also die Forderung erlischt, könne auch in der Wirklichkeit kein Pfandrecht mehr bestehen, sondern dasselbe müsse nothwendiger Weise mit dem Erlöschen der Forderung aufhören. Nur für einen Dritten also, der von der Erlöschung der Hauptverbindlichkeit keine Kenntniß erhält, und der durch das öffentliche Buch gleichsam irre geführt wurde, mußte der Gesetzgeber, zur nothwendigen Herhaltung des Zutraums auf diese öffentlichen Bücher, sorgen, damit er an seinen Rechten keinen Schaden leide; er setze daher fest, daß für jeden Dritten, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher handlt, die Hypothek so lange als existirend angenommen werde, bs die bücherliche Löschung erfolgt ist.

Allein es wurde bereits bey Erläuterung des §. 449 bemerkt, daß das Pfandrecht nicht nothwendig eine shon gegenwärtig bestehende Forderung voraussetze, sondern sih dieselbe auch auf eine künftige, eventuelle beziehen könne. Kann aber ein Pfandrecht existiren, ohne daß schon derzeit eine wirkliche Forderung vorhanden ist, zu deren Sicherstellung es dinen soll, so widerspricht es auch dem Begriffe des Pfandrecheds nicht, daß auch nach getilgter Forderung das Pfandrecht noh fortbestehe, und für allenfällige künftige Forderungen aufbehalten werde. Es ist daher auch keineswegs widersinnig, zu behawten, daß das Hypothekargut auch nach getilgter Forderung wch dem Gläubiger verhaftet bleiben könne; denn es ist leicht gedenkbar, daß bey der Zurückzahlung der Schuld wieder von Leistung eines neuen Darleihens nach einer bestimmten Zeitfrist die Rede seyn könne, für welches die frühere Hypothek aufbewahrt werden soll. — Ein Zweifel könnte höchstens nur darüber entstehn, ob ein solches Uebereinkommen auch von den übrigen, in den öffentlichen Büchern eingetragenen Gläubigern anerkannt werden müsse, wenn dasselbe nicht zugleich in den öffentlichen Büchern ersichtlich gemacht wird. Allein weder das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, noch die Landtafel- und Grundbuchsgesetze erkennen die Eintra-

gung einer solchen Urkunde in das öffentliche Buch in anderen Fällen für nothwendig, als wenn es sich um die Erlangung eines dinglichen Rechtes, oder um das Aufhören desselben handelt; nirgends kommt vor, daß zuweilen auch eine Einverleibung zur Bewahrung eines bereits erlangten dinglichen Rechtes nothwendig wäre. Es gibt sohin auch der Zusammenhang des gegenwärtigen §. mit anderen Gesetzesstellen keine Veranlassung, von der buchstäblicher Auslegung desselben abzugehen.

Vielleicht ist es aber die diesem Gesetze zum Grunde liegende Absicht des höhsten Gesetzgebers, wodurch die behauptete einschränkende Auslegung dieses §. gerechtfertiget wird? — Es scheint zwar allerdings richtig zu seyn, daß der höchste Gesetzgeber bey Erlassung der im gegenwärtigen §. getroffenen Anordnung vorzüglich jene Fälle vor Augen hatte, wo ein Dritter, im Vertrauen auf de öffentlichen Bücher, irgend ein Recht auf solche Satzposten erhngt hat, deren zum Grunde liegende Forderungen durch die Tilgung der Schuld bereits erloschen sind; allein es läßt sich irgends nachweisen, daß seine Absicht sich nur dahin und nicht weiter erstreckt habe, besonders da, wie bereits gezeigt worden ist, auch ein Pfandrecht in Bezug auf künftige Forderungen constituirt, folglich auch das bereits bestehende nach getilgter Fordeung aus gleichem Grunde erhalten werden kann. Man wende zwar dagegen ein, daß auf eine solche Art künftige Hypothekargläubiger leicht in Schaden gebracht werden können, da es oft geschieht, daß dieselben in Berücksichtigung, eine intabulirte Schuld sey bereits bezahlt, sich zur Leistung eines Darleihens ggen Einverleibung ihrer Forderung entschließen, in welchen Fällen sie sich daher in ihrer Erwartung sehr getäuscht sehen, wenn dessenungeachtet die frühere Hypothek wieder in Wirksamkeit treten sollte. Allein, was ist es denn hier eigentlich, was dn Gläubiger in Schaden bringen kann? — Nichts anders, al der Glaube, daß durch die Tilgung der Schuld auch schon die Hypothek erloschen sey. Würde jeder Gläubiger sich strnge an die Worte des Gesetzes halten, daß nähmlich durch di Tilgung der Schuld keineswegs die Hypothek erlösche, so würde eine solche Täuschung niemahls eintreten

können; folglich ist es nicht die Anordnung des Gesetzgebers, sondern die unrichtige Auslegung des Gesetzes, durch welche der Gläubiger in Schaden geräth.

6) Auf wie vielerley Art die Tilgung einer Schuld geschehen könne, ist in dem dritten Hauptstücke des dritten Theiles enthalten. — Geschieht sie durch bare Zahlung (§. 1412), so ist der Zahler berechtigt, eine Quittung, nähmlich ein schriftliches Zeugniß der erfüllten Verbindlichkeit zu verlangen (§. 1426), welche mit jenen Eigenschaften versehen seyn muß, daß der Schuldner hierauf die Löschung seiner in dem öffentlichen Buche eingetragenen Verbindlichkeit erwirken könne. — Sollte sich der Gläubiger weigern, eine solche Urkunde auszustellen, so könnte auch der Schuldner zur Zahlung nicht verhalten werden, und wollte er sich seiner Verbindlichkeit dessenungeachtet entledigen, so stünde dem Schuldner bevor, die auszuzahlende Summe gerichtlich zu hinterlegen (§. 1425). Welche Eigenschaften muß aber eine Quittung haben, damit der Schuldner hierauf die Löschung seiner Forderung erwirken könne? — Im Allgemeinen ist es hinreichend, daß die Quittung den Nahmen des Schuldners und des Gläubigers, so wie den Ort, die Zeit und den Gegenstand der getilgten Schuld ausdrücke, und daß sie von dem Gläubiger oder dessen Machthaber unterschrieben sey (§. 1426); allein, so wie ein Schuldschein, der zur Intabulation gebracht werden soll, mehrere Förmlichkeiten nothwendig hat, als sonst erforderlich sind, wenn es sich bloß um die Liquidität der Forderung handelt, so scheint dieses auch bey Quittungen, welche zur Begründung des Gesuches um Extabulation dienen sollen, der Fall zu seyn, obgleich die Gesetze hievon keine ausdrückliche Erwähnung machen. — Es ist daher auch in der Praxis, so viel mir bekannt ist, fast allgemein angenommen, daß extabulationsfähige Quittungen nicht nur von zwey Zeugen gefertigt, sondern ihnen die Befugniß zur Extabulation angefügt seyn müsse. — Was nun die Fertigung zweyer Zeugen betrifft, so scheint selbe allerdings bey Quittungen, welche zur bücherlichen Löschung vorgelegt werden, nothwendig zu seyn, indem hier offenbar der gleiche Grund, wie bey Intabulationen, vorhanden ist. — Nicht

so verhält es sich mit der ausdrücklich ertheilten Befugniß zur Extabulation. Der Pfandvertrag ist lediglich ein Accessorium eines bestehenden Principalcontractes. Ein Darleihen kann sehr gut bestehen, ohne daß dasselbe mit einem Pfande versichert sey; umgekehrt muß mit dem Hinwegfallen der Hauptverbindlichkeit auch die accessorische erlöschen. — Der gegenwärtige §. sagt auch nicht, daß der Schuldner die Löschung seiner Verbindlichkeit nicht begehren könne, wenn er sich über die Tilgung der Schuld ausweiset, sondern er ordnet bloß an, daß zur Aufhebung der Hypothek die Vornahme der Löschung erforderlich sey. — Diese Anordnung ist eine nothwendige Folge der Publicität der Hypothekenbücher. — Ein Retentionsrecht des Gläubigers, das ihm eingeräumte Pfandrecht für eine Forderung sich vorzubehalten, findet gesetzlich nicht Platz (§. 471). Allerdings kann, wie bereits schon gesagt worden ist, dießfalls zwischen dem Gläubiger und Schuldner ein neues Uebereinkommen getroffen werden; allein dieses neue Factum kann nicht vermuthet, sondern müßte von dem Gläubiger dargethan werden. — Hiermit stimmt auch das Landtafelpatent für Böhmen und Mähren überein, welches im §. 14 ausdrücklich vorschreibt, daß bey Quittungen die Einschaltung der Befugniß zur Einverleibung nicht erforderlich sey. Da indessen die Quittung über die Identität der zu löschenden Forderung mit jener, welche wirklich getilgt worden ist, keinen Zweifel übrig lassen darf, so ist es nöthig, daß sich in selber auf die geschehene Einverleibung bezogen werde, welches am zweckmäßigsten dadurch geschieht, wenn die Extabulationsbewilligung ausdrücklich eingeschaltet wird, so wie auch der Schuldner mit Recht darauf dringen kann, daß diese Extabulationsbewilligung der Quittung eingeschaltet werde, weil er sonst, wie die Erfahrung lehret, Anstände zu befürchten hat. Wenn es sich nun um Extabulirung eines bücherlich eingetragenen Rechtes handelt, so ist solche mittelst eines besonderen Anbringens bey der Landtafel oder der Grundbuchsbehörde anzusuchen, und diesem Gesuche ist die Quittung beyzulegen. Früher mußten auch alle diejenigen Urkunden, die auf die getilgte Post den eigentlichen

Bezug haben, beygebracht werden, was aber jetzt nicht mehr nothwendig ist.

7) Außer den hier erwähnten Erlöschungsarten sind, besonders in Bezug auf Hypotheken, noch zwey andere zu bemerken, die theils in der Gerichtsordnung, theils in besonderen Verordnungen ihren Grund haben. Wenn nähmlich eine Sache im Concurse, oder im Wege der Execution durch öffentliche Versteigerung verkauft wird, so verlieren alle Gläubiger, welche nach vorgenommener ordnungsmäßiger Vertheilung des Kaufschillings nicht befriedigt werden können, das ihnen hierauf eingeräumte Pfandrecht, und der Käufer kann verlangen, daß ihm die Sache, außer den ihm besonders zur Zahlung angewiesenen verhypothecirten Schulden, lastenfrey übergeben werde. Ein freywilliger Verkauf, sollte er auch mit öffentlicher Feilbiethung verbunden seyn, bringt diese Wirkung nicht hervor. Der Käufer kann sich von den auf der Realität haftenden Lasten durch Einsicht der öffentlichen Bücher überzeugen; glaubt er dadurch gefährdet zu seyn, so mag er vom Kaufe abstehen, oder die Sache mit dem Schuldner außergerichtlich abmachen. Besondere streitige Rechtsverhältnisse kann die Anordnung des §. 324 der a. G. O. hierbey erzeugen. Dieser ordnet nähmlich an, daß, wenn kein Theil dreyßig Tage nach der zu erheben gewesenen Schätzung die Feilbiethung angesucht hat, der Kläger schuldig sey, das Gut um die Schätzung zu übernehmen, und der Beklagte, es ihm dafür zu überlassen. Ich erinnere mich eines Falles, wo beyde Theile diesen Termin vorbeystreichen ließen, ohne um die Feilbiethung anzulangen. Nach verstrichenem Termine meldete sich der Kläger und verlangte von dem Executen die Abtretung des Hauses um den Schätzungswerth. Allein die auf dem Hause intabulirten Schulden überstiegen denselben. — Was war in diesem Falle Rechtens? — Viele behaupteten, daß sich die Glaubiger diese Abtretung gefallen lassen müssen, und daß diejenigen, welche aus dem Kaufschillinge nicht befriedigt werden können, ihr Pfandrecht einbüßen. Sie gründeten ihre Meinung besonders darauf, daß diese Abtretung die Stelle des Licitandoverkaufes vertrete. — Allein ist wohl diese Ansicht dem Geiste des Gese-

tzes gemäß? — Dem im Executionswege vorzunehmenden Verkaufe eines unbeweglichen Gutes muß, wie bereits erwähnt wurde, die Verständigung der darauf eingetragenen Gläubiger vorhergehen, und wenn sich hierüber nicht genau ausgewiesen wird, kann die Licitation nicht einmahl vorgenommen werden. Diese Anordnung hat doch offenbar keinen anderen Zweck, als damit die Gläubiger bey der Licitation ihre Rechte bewahren, und entweder von dem ihnen im §. 462 eingeräumten Befugnisse Gebrauch machen, oder selbst mitbiethen, und dadurch verhindern können, daß die Sache nicht um einen zu wohlfeilen Preis hintan gegeben werde; soll ihnen dieses Recht durch die Vernachläßsigung ihres Schuldners auf diese Art entzogen werden können? Gewiß nicht. Ich glaube, daß durch die Vorschrift des §. 324 der a. G. O. nur persönliche Rechte und Pflichten des Klägers und des Executen gegründet werden; die Rechte dritter Personen bleiben dabey unbeirret. — Es tritt hier das nähmliche Rechtsverhältniß ein, wie, wenn Jemand aus freyer Hand eine Realität erkauft, worauf mehr Schulden bücherlich einverleibt sind, als der Kaufpreis ausmacht. Wird ein solcher Kauf vorläufig verabredet, so kann der Verkäufer ebenfalls gezwungen werden, ihn in Vollzug zu bringen, ohne daß dadurch die Rechte der intabulirten Gläubiger im Geringsten beirret werden. — Die Folge davon ist, daß der Käufer zwar mit seiner erkauften Realität allen intabulirten Gläubigern haftet, daß jedoch der Verkäufer demselben in Ansehung jener auf der Realität haftenden Schulden, die ihm zur Zahlung nicht angewiesen wurden, die Vertretung leisten müsse (§. 928). Da die Unterlassung des Ansuchens um Feilbiethung lediglich von dem freyen Willen des Klägers und Executen abhängt, so ist dieselbe als eine stillschweigende freywillige Erklärung zu achten, daß der Kläger die Realität um den Schätzungspreis übernehmen, und der Execut sie ihm überlassen wolle. Sie kann also den zwangsweisen Licitandoverkauf nicht ersetzen. — Ein anderer Fall, der die Stelle eines solchen zwangsweisen Licitandoverkaufes in Bezug auf die Rechte der intabulirten Gläubiger vertreten muß, ist, wenn eine Sache zum allgemeinen Besten, gegen Vergütung des

Schätzungspreises, überlassen werden muß (§. 365). — Denn jeder Sache klebt gleichfalls die Last an, daß selbe, wenn es das allgemeine Beste erheischt, gegen Vergütung des Schätzungspreises dem Staate abgetreten werden müsse. Jeder intabulirte Gläubiger hat sohin nur ein Pfandrecht auf die bereits mit dieser Belastung versehene Sache, und er muß daher in dem Falle, als der Staat dieses Recht in Ausführung bringt, in so weit der Vergütungsbetrag den Betrag seiner Schuld nicht erreicht, sich den Verlust seines Pfandrechtes eben so gefallen lassen, als jene Gläubiger, deren Forderungen auf eine Realität intabulirt sind, worauf vor ihnen das Recht eines Anderen, die Realität um einen bestimmten Preis an sich zu bringen, eingetragen ist.

8) Eine besondere Art der Aufhebung der Hypotheken geschieht durch die Amortisation. — Wenn nähmlich bey der Landtafel, dem Stadt- oder Grundbuche eine über fünfzig Jahr alte Schuldpost haftet, ohne daß sich Jemand des Capitals oder der Interessen halber meldete, diese Schuldpost auch nicht auf den Nahmen eines wissentlich lebenden Gläubigers, oder eines corporis, das nicht abstirbt, lautet, auch des Gläubigers Erben unbekannt sind, so kann der Besitzer einer solchen Realität, auf welchen die Forderung lautet, bey dem Landrechte, Magistrate oder der Grundobrigkeit, welcher die Realität untersteht, um Ausfertigung einer Edictalcitation sub clausula praeclusi einschreiten; die competente Behörde hat sonach ein Edict auszufertigen, in demselben die Nahmen derjenigen, auf welche die Einverleibung oder die hierauf Beziehung nehmenden Cessionen lauten, genau auszudrücken, hiebey eine Frist von einem Jahre, sechs Wochen und drey Tagen zur Anmeldung zu bestimmen, und das dießfalls expedirte Edict nicht nur allen an gewöhnlichen, den öffentlichen Kundmachungen bestimmten Stadtplätzen anzuschlagen, sondern auch alle Vierteljahre wenigstens jedes Mahl drey Mahl den öffentlichen Zeitungsblättern einrücken zu machen, und zu besorgen, daß es überdieß in allen Kreisen durch das Landesgubernium kundgemacht werde [1]). Diese Vorschrift ist durch den §. 1479 des Gesetzbuches nicht aufgehoben worden,

1) Hofdecret vom 15. März 1784; J. G. S. Nr. 262.

indem dieser §. bloß bestimmt, daß alle Rechte gegen einen Dritten, ohne Unterschied, ob sie verbüchert sind oder nicht, in der Regel durch dreyßigjährigen Nichtgebrauch, oder durch dreyßigjähriges Stillschweigen erlöschen, und daher, wenn auf dem ordentlichen Rechtswege die Frage zu entscheiden ist, welcher Zeitraum der Regel nach zur Verjährung erforderlich sey, die Entscheidung nach den Bestimmungen des §. 1479, mit Rücksicht auf die in dem Kundmachungspatente des bürgerlichen Gesetzbuches enthaltenen Beschränkungen, zu geben ist; das citirte Hofdecret vom 15. März 1784 hingegen nicht die mindeste Bestimmung über die Verjährungszeit selbst gibt, sondern bloß von der Frage handelt, in welchen Fällen die Löschung einer verjährten Schuldpost auf dem Wege der Edictalcitation des Gläubigers und mit der Ersparung des ordentlichen Rechtsweges erwirkt werden könne [1]).

§. 470.

Vom Vorzugsrechte der Pfandgläubiger.

Die Vorzugsrechte der Gläubiger bey dem Ausbruche eines Concurses bestimmt das Verfahren in Concursfällen.

1) Wenn über einen Schuldner der Concurs eröffnet wird, welcher voraussetzt, daß das sämmtliche demselben angehörige bewegliche und unbewegliche Vermögen nicht hinreicht, alle seine Gläubiger zu befriedigen, so sind aus dem eigenthümlichen Vermögen des Schuldners vor allen diejenigen zu befriedigen, welche nach eröffnetem Concurse für die Masse selbst etwas verwendet, oder für selbe gearbeitet haben, als der Vertreter der Masse und der Verwalter des Vermögens. Die übrigen Schuldposten werden in sechs Classen eingetheilt, und nach ihrer Reihenfolge bezahlet. In die erste Classe werden gesetzt: a) Die zur Begräbniß des Verschuldeten nothwendigen Unkosten; b) die erforlichen Trauerkosten, doch nur in dem Falle, wenn der Verschuldete vor Eröffnung des Concurses gestorben ist; c) die Hausge-

1) Hofdecret vom 20. November 1818; J. G. S. Nr. 1519.

nossen, welche um Kost oder Lohn, oder um beydes zugleich einem Herrn dienen, mit ihrem von dreyen Jahren her rückständigen Liedlohn, von der Eröffnung des Concurses zurück zu rechnen; d) die Aerzte, Wundärzte und Apotheker mit dem, was sie von Einem Jahre her an den Verschuldeten für ihre Bemühungen und abgegebene Arzneyen zu fordern haben; e) die Rauchfangkehrer, ebenfalls mit ihrem Verdienste von Einem Jahre her, vom Tage des eröffneten Concurses zurück zu rechnen. Die vor allen classificirten Gläubigern aus der Concursmasse zu berichtigenden Forderungen werden ganz natürlich aus allen Vermögenszweigen, nach Verhältniß des Erlöses derselben, befriedigt, ausgenommen diejenigen, die für eine besondere Vermögensmasse verwendet worden sind, denn diese müssen auch lediglich aus dieser ihre Befriedigung erlangen. Die übrigen Gläubiger der ersten Classe haben ihre Forderungen aus der Gesammtmasse des Concursvermögens zu beziehen, und es haben daher alle einzelnen Vermögenszweige pro rata dazu beyzutragen.

2) Die landesfürstlichen Gaben und die obrigkeitlichen Forderungen sind nach der Vorschrift der Concursordnung so zu classificiren, wie es bisher, Kraft der bestehenden Gesetze, üblich war. Nach der neuesten Verordnung gebührt aber den Rückständen der letzten drey Jahre an landesfürstlichen Steuern und gutsherrlichen Gaben ein gesetzliches Pfandrecht auf das Gut, und zwar von allen darauf eingetragenen Gläubigern. Dieses Vorrecht erstreckt sich auch auf rückständige Veränderungsgebühren [1]). Daraus scheint mir nun klar hervorzugehen, daß gegenwärtig die von einem Gute zu bestreitenden landesfürstlichen Steuern und herrschaftlichen Abgaben, mit Einschluß der Veränderungsgebühren, nicht mehr in die erste, sondern in die zweyte Classe (versteht sich mit obiger Beschränkung auf drey Jahre), jedoch vor allen übrigen Pfandgläubigern, zu versetzen seyen. Jedoch haben diese landesfürstlichen Steuern und obrigkeitlichen Forderungen unter sich kein Vorzugsrecht. Hierauf folgen bey Dominien die aus dem Bande der Unterthänig-

1) Justiz-Hofdecret vom 16. September 1825; J. G. S. Nr. 2132.

keit entstehenden Unterthansforderungen, jedoch nur mit der Beschränkung auf den achten Theil des Werthes der Herrschaft [1]). Nach diesen kommen alle Pfandgläubiger, nach Maßgabe der Zeit, als sie das Pfandrecht erhalten haben. Die Zinsen von einem Pfandcapitale haben das nähmliche Vorrecht, als das Capital selbst, von drey Jahren her, vom Tage des eröffneten Concurses zurück zu rechnen; wären sie aber schon vorher, doch unausgesetzt, eingeklagt worden, so hätten sowohl jene, welche von drey Jahren, vom Tage der eingereichten Klage zurück zu rechnen, herrühren, als jene, welche nach der Klage bis zum ausgebrochenen Concurse verfallen sind, das nähmliche Vorrecht zu genießen. Zur Erläuterung meiner Ansicht dieser in der Praxis nicht ganz gleichförmig ausgelegten Gesetzesstelle ein Beyspiel: Auf dem Gute A ist ein fünfprocentiges Darleihen von 1000 fl. intabulirt. Will nun der Gläubiger den rückständigen Zinsen das gleiche Vorrecht mit dem Capitale bewahren, so muß er vor Ablauf von drey Jahren eine Klage auf Zahlung dieser rückständigen Zinsen, oder auch nur auf Liquidhaltung derselben einreichen, wobey es sehr räthlich ist, daß er mit dieser Klage die Bitte in Verbindung setze, die Einreichung dieser Klage in dem öffentlichen Buche anzumerken. Hat er diese Klage überreicht, so kann er neuerdings drey Jahre zuwarten; vor vollständigem Abfluß derselben muß er aber eine neuerliche Klage einreichen, und so fort alle drey Jahre damit fortfahren. Es versteht sich von selbst, daß diese Klage gegen den Besitzer der Hypothek, und nicht gegen den Schuldner überreicht werden müsse, wenn beyde verschiedene Personen sind. Im letzteren Falle kann, nach meiner Meinung, die Bitte der Klage dahin gestellt werden, daß der Geklagte schuldig sey, zu gestatten, daß Kläger sich wegen dieser Interessen aus der Hypothek zahlhaft mache.

3) Wenn eine und die nähmliche Forderung auf verschiedenen Realitäten des Cridatars eingetragen ist, entsteht die Frage, ob es in der Willkühr des Gläubigers liege, seine Forderung

1) Es versteht sich indessen von selbst, daß jene Forderungen, welche zur Zeit der Einführung der Octava schon auf dem Gute hafteten, den Vorzug vor den Unterthansforderungen genießen.

aus dem Verkaufspreise der einen oder anderen Realität zu beziehen, oder nach welchen Grundsätzen überhaupt der Massenverwalter bey Vertheilung des für jede Realität eingegangenen Kaufschillings vorgehen müsse. — So viel scheint ausgemacht, daß der mit seiner Forderung auf mehrere Realitäten eingetragene Gläubiger verlangen könne, daß, wenn er mit seiner Forderung nicht ganz befriedigt werden könnte, die Repartition auf eine Art geschehe, wodurch die möglichst größte Summe für ihn erzielet werde. Denn die Eintragung der nähmlichen Schuldforderung auf mehrere Realitäten sollte ja ihrem Zwecke nach dem Gläubiger die größt möglichste Sicherheit verschaffen. So lange daher noch nicht gewiß ist, ob der Gläubiger aus der einen oder anderen Realität seine vollkommene Befriedigung erhalten werde, muß demselben bey jeder Realität sein Hypothekarrecht aufrecht erhalten werden. Kann aber ein solcher Gläubiger aus der einen oder anderen Hypothek seine Befriedigung erlangen, so hat derselbe kein rechtliches Interesse mehr, zu verlangen, daß ihm seine Forderung nicht aus dieser Hypothek, woraus sie ihm von der Vermögensverwaltung bezahlt werden will, sondern aus einer anderen Hypothek zugewiesen werde. Die Vermögensverwaltung hat aber die Verpflichtung, daß sie, wenn der Hypothekargläubiger auf verschiedene Art und Weise befriedigt werden kann, eine solche Befriedigungsart wähle, daß dabey die vorzüglichern Ansprüche der übrigen Gläubiger berücksichtiget, in so fern aber keinem ein vorzüglicher Anspruch zusteht, die möglichste Gleichheit der Rechte der einzelnen Gläubiger hergestellt werde. Aus dieser Bemerkung ergibt sich folgende Regel, welche die Vermögensverwaltung bey Repartition der Concursmasse in der angedeuteten Beziehung zu beobachten haben wird. Dieselbe hat nähmlich den Forderungsbetrag des auf mehrere Realitäten intabulirten Gläubigers nach dem Verhältnisse des Kaufschillings, welcher für jede Realität eingegangen ist, zu repartiren; zeigt sich nun, daß in Folge dieser Repartition der Hypothekargläubiger seine vollständige Befriedigung erlangen kann, so ist ihm dieselbe nach Art und Weise dieser Repartition zu verschaffen. Würde aber eine oder die andere Realität, resp.

der dafür eingegangene Kaufschilling, nicht hinreichen, daß aus selbem der entfallende Betrag bezahlt werden könnte, so müßte der Rest verhältnißmäßig von dem Kaufschillinge der anderen Realitäten berichtigt werden, und sollte solcher Gestalt der Kaufschilling der einen oder anderen Realität gleichfalls hierzu nicht hinreichen, so müßte der Rest wieder auf die Kaufschillinge der anderen Realitäten umlegt werden, bis der Gläubiger seine ganze Befriedigung erhält, oder alle Hypotheken erschöpfet sind. — Denn im Conflicte mit dem auf diesen mehreren Hypotheken intabulirten Gläubiger muß sich jeder auf der einzelnen Realität nachfolgende Hypothekargläubiger gefallen lassen, daß früher die Forderung seines Vorgängers von dem Kaufschillinge in Abzug gebracht werde, als man zu seiner Befriedigung schreitet; in Bezug auf die dieser Forderung auf den einzelnen Realitäten nachgehenden Gläubiger wird aber durch eine solche Repartition die möglichste Gleichheit derselben erzielet.

4) Daß die Befriedigung der Pfandgläubiger nach Maßgabe der Zeit geschehe, als sie das Pfandrecht erlangt haben, wurde bereits erwähnt. — Bey unbeweglichen Gütern, bey welchen durch die Eintragung der Forderung in den öffentlichen Büchern das Pfandrecht erlangt wird, ist auch vorgeschrieben, daß die Eintragung in der Zeitordnung geschehe, als die dießfälligen Gesuche in das öffentliche Buch eingetragen wurden. — Sollte indessen aus Versehen eine Forderung, um deren Intabulation früher angesucht worden ist, nach einer später zur Intabulation gebrachten Forderung in dem öffentlichen Buche eingetragen werden, so würde doch das Präsentatum des Einreichungsprotocolls über den Vorzug entscheiden. Dieses gilt jedoch nur von demjenigen Einreichungsprotocolle, das bey jener Behörde, der das öffentliche Buch untersteht, geführt wird. Es ist z. B. dem k. k. Fiscalamt gestattet, seine Pränotations- und Intabulationsgesuche entweder bey seiner privilegirten Instanz, dem Landrechte, oder bey der Grundbuchsbehörde selbst einzureichen; wählt dasselbe das erstere, so wird über den Vorzug nicht das Präsentatum des landrechtlichen Einreichungsprotocolls, sondern die

Zeit, in welcher das Ersuchschreiben des Landrechtes bey der Grundbuchsbehörde einlangt, entscheiden.

5) Wann die Gläubiger der zweyten Classe befriediget sind, kömmt die Reihe an die der dritten Classe, welchen in Ansehung ihrer Befriedigung aus dem Concursmasse-Vermögen gleichfalls ein vorzügliches Recht zusteht. Diese sind: a) die Pupillen, und jene, die den Pupillen in den Gesetzen gleich gehalten werden, Falls sie mit keinem Pfandrechte bedeckt sind, wenn der Verschuldete ihr Gerhab, Curator, Güterverwalter, oder ihre Obrigkeit als Obergerhab war; b) der Fiscus, mit dem, was er an landesfürstlichen Dienern wegen ihres Dienstes zu fordern hat; c) die förmlichen Wechselbriefe; d) jene, obschon nur trockene Wechselbriefe, welche von Handelsleuten an die Landesfabriken, oder auch an solche erbländische Manufacturarbeiter, welche leinene, oder auch Waaren von Wolle, Cattun, Seide, Leder, Glas, Gold und anderen Metallen verfertigten, ausgestellt worden sind, in so weit jede Fabrik oder jeder Fabrikant seine erzeugten Waaren ein Jahr vor dem ausgebrochenen Fallimente geborgt hat; wie denn auch diejenigen, welche obgenannten erbländischen Fabriken oder Manufacturarbeitern einiges Geld oder Materialien auf trockene Wechselbriefe in dem letzten Jahre vor dem Verfalle borgten; e) das Eheweib des Verschuldeten, in Rücksicht des wirklich zugebrachten und einstweilen nicht etwa zurückgestellten Heirathgutes, wie auch in Rücksicht der verschriebenen Widerlage, so weit diese den Betrag des wirklich abgeführten Heirathsgutes nicht überschreitet, Falls diese Forderungen des Eheweibes mit keinem Pfandrechte bedeckt sind. Von diesen wird jedoch in dem Hauptstücke von den Ehepacten ausführlicher gehandelt werden. Diese Gläubiger genießen unter sich keinen Vorzug. In Betreff der Zinsen gilt dasselbe, was Nr. 2 gesagt worden ist.

6) Hierauf folgt die vierte Classe, wohin alle Forderungen gehören, die nicht ausdrücklich einer anderen Classe zugewiesen sind, sammt den dreyjährigen Zinsen (Nr. 2). — Sind auch diese Forderungen befriedigt, so eröffnet sich die fünfte Classe, wohin die Zinsen gehören, die nicht gleiches Vorrecht mit dem

Capital genießen. Dann folgt die sechste Classe, wohin jene zu setzen sind, welche aus einer bloß wohlthätigen Handlung des Verschuldeten, z. B. ein Beschenkter, zu fordern haben, ebenfalls ohne Unterschied nach dem Verhältnisse ihrer Forderungen; und nach diesen, sohin eigentlich in der siebenten Classe, der Fiscus mit den zuerkannten Strafgeldern, in so weit beyde Forderungen mit keinem Pfandrechte bedeckt sind.

7) Wenn in einem Concurse ein Berg-, Poch-, Hütten- oder Hammerwerk, oder sonst ein dahin gehöriges Gut begriffen ist, sind in Beziehung auf dieses Vermögen, nicht aber in Rücksicht der übrigen Concursmasse, den in Nr. 1 aufgeführten Gläubigern der ersten Classe, folgende Gläubiger, und zwar nach jener Ordnung, welche hier ausgedrückt ist, vorzusetzen: a) der landesfürstliche Fiscus, oder diejenigen Grundherren, welche des Bergzehentes, oder des Bezuges der Erb-, Chur- oder Quatembergelder insbesondere befugt sind, in Ansehung des ihnen von den erzeugten Metallen und Mineralien bereits gestürzten, oder von derley Erzeugungen schon für sie von dem Verschuldeten in Geld eingehobenen und nicht abgeführten Zehenten, Frohnen- oder Urbar-, dann Erb-, Holz-, Chur-, wie auch Quatembergeldern, jedoch letztere nur von drey Quartalen, vom Tage des ausgebrochenen Concurses zurück zu rechnen; b) die Gewerken, in Ansehung der schon geschlossenen, und bey dem Vermögen des Verschuldeten befindlichen Ausbeute; c) wie auch wegen der zum Betrieb des Bergbaues bar erlegten, und in des Verschuldeten Händen verbliebenen Zubuße und Verlags, dann sonstiger gemeinschaftlichen Werksvorräthe und Materialien; d) die Berg-, Poch-, Hütten-, Hammer- und Bergfabriken-Werksarbeiter, in Ansehung ihrer Arbeitlohnsforderungen, jedoch nur von zwey Quartalen, von der vor dem eröffneten Concurse geschehenen letzteren Bergrechnung zurück zu rechnen; e) die Forderungen der Knappschaft- oder Bruderladen, in Ansehung des von dem Verschuldeten den Arbeitern zwar von ihrem Lohne abgezogenen, jedoch nicht in die Knappschafts- oder Bruderladscasse abgegebenen Brudergeldes oder sogenannten Büchsenpfennigs; f) die Erbstöllner, in Ansehung des Erbstollenneuntels oder sonstiger Erb-

stollengebühr; g) jene, welche an den Schacht-, Gestäng-, Wasser- und anderen sogenannten Bergwerkssteuern oder Zinsen etwas zu fordern haben; jedoch nur in Rücksicht zweyer Quartale, von der vor eröffnetem Concurse geschehenen letzten Bergrechnung zurück zu rechnen; wie auch jene, welche an Hütten- und Pochwerkszinsen etwas zu fordern haben, jedoch nur auf ein Jahr lang, von der Zeit der vor eröffnetem Concurse geschehenen letzten Bergrechnung zurück zu rechnen.

8) Auf gleiche Art sind in solchem Falle den Nr. 5 erwähnten Gläubigern in der dritten Classe vorzusetzen: die Verleger, welche zum Betriebe der Werker, dann Unterhaltung der Arbeiter den Verlag an Geld, Bergerfordernissen und Lebensmitteln vorgeschossen haben, wenn sie sich bevor als wirkliche Verleger in den Bergamts- oder Berggerichtsbüchern gehörig haben vormerken lassen; jedoch nur in Rücksicht zweyer Quartale, von der vor eröffnetem Concurse geschehenen letzten Bergrechnung zurück zu rechnen [1]).

§. 471.

Von dem Retentionsrechte.

Weder der Pfandnehmer, noch irgend ein anderer Inhaber einer fremden Sache ist nach Erlöschung des ihm eingeräumten Rechtes befugt, dieselbe aus dem Grunde einer anderen Forderung zurück zu behalten. Er kann aber, wenn die in der Gerichtsordnung bestimmten Erfordernisse eintreten, und die Sache beweglich ist, sie in gerichtliche Verwahrung geben und mit Verboth belegen, oder, wenn sie unbeweglich ist, die Sequestration derselben ansuchen.

1) Nach dem römischen Rechte und auch den neuesten Gesetzbüchern, selbst nach dem westgallizischen, als Entwurf des gegenwärtigen Gesetzbuches, steht dem Gläubiger, ungeachtet der ge-

1) Allg. G. O. §§. 23 u. 25.

tilgten Schuld, das Recht zu, das Pfand einer anderen richtigen, und bereits fälligen Forderung wegen zu seiner Sicherheit zurück zu behalten. In dieses Retentionsrecht wird dem Inhaber einer fremden Sache noch in vielen anderen Fällen wegen einer auf die Sache sich beziehenden Forderung, insbesondere eines darauf gemachten nothwendigen oder nützlichen Aufwandes (z. B. dem Entlehner, Miether, Pächter u. s. w.) eingeräumt.

2) Allein der österreichische Gesetzgeber zog hier in Erwägung, daß dieses Recht, um sich im Besitze und Genusse der Sache zu erhalten, oder deren Verschlimmerung oder Verlust noch länger zu verheimlichen, sehr leicht mißbraucht werden könne, und die Besorgniß dieses Mißbrauches dem wechselseitigen Vertrauen und Verkehre sehr hinderlich sey; daß es ferner sehr hart sey, dem Eigenthümer wegen einer an ihn gemachten, noch unausgewiesenen Forderung, die oft bey demselben in gar keiner Gefahr steht, den Besitz und Genuß seiner Sache zu entziehen, und daß endlich dem Inhaber, dafern er wirklich Gefahr läuft, von der Gerichtsordnung andere Mittel der Sicherstellung angebothen werden, und fand sich daher aus diesen Gründen bewogen, dem Zurückbehaltungsrechte nicht Statt zu geben [1]).

3) Das Gesetz redet hier von einer bereits bestehenden Forderung, um deren Willen die Sache zurückbehalten werden soll. Man kann daher diese gesetzliche Bestimmung nicht auf jene Fälle ausdehnen, wo die Forderung erst durch die Uebergabe der Sache entsteht. Setzen wir z. B., der A habe dem B sein Reitpferd abgekauft; nun fordert der erstere die Uebergabe desselben, ohne aber hiefür den Kaufschilling zu bezahlen. In diesem Falle wird B keineswegs zur Uebergabe des Pferdes vor Erlegung des Kaufschillings verhalten werden können; denn hier handelt es sich um Erfüllung eines Contractes, auf welche keiner der Paßciscenten dringen kann, wenn er nicht auch von seiner Seite den Vertrag zu erfüllen bereit ist (§. 1052). Hier kann man auch nicht eigentlich sagen, daß die Sache wegen einer Forderung zurückbehalten werde; denn so lange der Verkäufer die

1) Siehe Zeillers Commentar.

verkaufte Sache in Händen behält, hat er auch kein Recht, einen Kaufschilling zu fordern. Hat z. B. Jemand eine Wohnung in seinem Hause vermiethet, und sich dabey die Bezahlung des halbjährigen Zinses jederzeit im Voraus bedungen, so kann er dem Miether die Uebergabe der Wohnung in so lange verweigern, bis nicht dieser halbjährige Zins entrichtet ist. — Dagegen wird er, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, den Zins erst von der Zeit an fordern können, als er diesem die Wohnung wirklich übergeben hat; wollte er den Zins von dem Zeitpuncte an verlangen, als die Beziehung der Wohnung contractmäßig hätte geschehen sollen, dann würde er das in diesem §. erwähnte Retentionsrecht geltend machen wollen, was nicht angeht.

4) Will nun der Inhaber des Handpfandes oder einer fremden beweglichen Sache überhaupt, diese wegen einer Forderung, zu deren Sicherheit ihm die Sache nicht übergeben worden ist, zu diesem Zwecke benützen, so steht es ihm frey, dieselbe, in so fern sie dazu geeignet ist, gerichtlich zu hinterlegen, oder in so fern diese, vermöge der Eigenschaft der Sache, nicht Statt hätte, sie der Gewahrsame eines Dritten anzuvertrauen (§. 348) und den Verboth auf selbe zu erwirken. Um diesen aber zu erwirken, muß er darthun, daß er bey seinem Schuldner, wegen Abgang anderer Zahlungsmittel, in Gefahr stehe, und überdieß muß er die Richtigkeit seiner Forderung durch eine vollen Glauben verdienende Urkunde ausweisen, oder Sicherheit leisten, um dem Beklagten für den Fall, als die Forderung nicht erwiesen werden könnte, wegen des Schimpfes und Schadens Genugthuung zu verschaffen. Der Verboth ist bey jenem Richter anzusuchen, unter welchem derjenige steht, auf dessen Sache der Verboth geführt werden will, oder bey welchem dieser zu belangen wäre, wenn er sich im Orte befände, wo die Güter angehalten wurden. Der Verbothswerber muß auch längstens binnen vierzehn Tagen die Klage zur Rechtfertigung des Verbothes überreichen. Wären die in Verboth gezogenen Güter dem Verderben unterworfen, oder es kostete deren Unterhalt zu viel, so sollen sie auf eines oder des anderen Theiles Anlangen, nach

vorläufiger Schätzung, dem Meistbiethenden verkauft, und das gelöste Geld in gerichtliche Verwahrung genommen werden [1]).

5) Ist die verpfändete Sache eine unbewegliche, so geschah der Verpfändungsact nicht durch physische Uebergabe derselben, sondern durch Eintragung der Forderung in die öffentlichen Bücher. Es kann also von keinem Zurückbehaltungsrechte der Sache selbst, und sohin auch von keiner Zurückstellung derselben eine Rede seyn. — Jedoch hat die Vorschrift des gegenwärtigen §. auch auf diesen Fall in so weit Anwendung, als der Gläubiger nicht berechtiget ist, der im §. 1369 ausgesprochenen Verpflichtung entgegen, dem Schuldner wegen einer anderweitigen Forderung die Löschung der intabulirten Forderung zu verweigern. So wie aber bey dem Handpfande es allerdings angehet, daß dasselbe dem Gläubiger von dem Schuldner zur Sicherstellung einer anderen Forderung freywillig als Pfand noch weiters in Händen gelassen wird, so können auch hier Gläubiger und Schuldner das Uebereinkommen treffen, daß dem ersteren der nunmehr zur Löschung geeignete Satz wegen einer anderen Forderung vorbehalten bleiben solle, welches neue Uebereinkommen auf die gedachte Satzpost superintabulirt werden kann.

6) Die Sequestration, als mittlerweilige Vorkehrung, von der eigentlich in diesem §. die Rede ist, findet nach der Gerichtsordnung nur in zweyen Fällen Statt, wenn nähmlich: a) zwischen dem Kläger und dem Beklagten streitig ist, welchem Theile der Besitz einer Sache oder Gerechtsame gebühre, und kein Theil sein Recht zum Besitze sogleich erweisen kann; und b) wenn der Kläger eine Sache oder Gerechtsame ansprüchig macht, in deren Besitz der Beklagte sich befindet, und eine Gefahr erweislich macht, daß der Beklagte solche während des Prozesses veräußern, verderben, oder Schaden nehmen lassen dürfte [2]). Aus diesem folgt, daß die Sequestration niemahls an die Stelle eines erloschenen Pfandrechtes treten könne. Die Schlußworte dieses §. können daher nur auf den Fall Beziehung haben, wenn derjenige, welchem die Inhabung einer unbeweglichen Sache aus einem be-

1) Allg. G. O. §§. 283 — 290.
2) Allg. G. O. §§. 292 und 293.

sonderen Rechtstitel überlassen worden ist, nach Erlöschung des dießfälligen Rechtes selbe gegen den Willen des Eigenthümers aus einem anderen, noch nicht gerichtsordnungsmäßig richtig gestellten Rechtstitel fortsetzen wollte. — Setze man z. B.: der A, welcher in dem Hause des B eine Wohnung gemiethet hatte, wollte nach erloschenem Miethvertrage sich noch aus dem Grunde in der Innehabung der Wohnung erhalten, weil er behauptet, daß ihm inzwischen die Servitut der Wohnung eingeräumt worden sey. Er müßte nun, zu Folge gegenwärtiger Vorschrift, die Wohnung ohne weiters räumen, jedoch stünde ihm bevor, eine Klage wegen Anerkennung dieser Servitut zu überreichen, und im Falle die oben angedeutete Gefahr vorhanden wäre, um die Sequestration anzusuchen.

7) Oefters geschieht es, wie bereits §. 448 bemerkt worden ist, daß Diplome, Zeugnisse, Pässe u. s. w. dem Gläubiger zur Sicherstellung seiner Forderung übergeben, und nach dem gemeinen Ausdrucke versetzt oder verpfändet werden. In diesem Falle wird dem Gläubiger kein eigentliches Pfand, sondern nur ein Retentionsrecht eingeräumt, welches, in so weit dabey den politischen Verfügungen nicht zu nahe getreten wird, aufrecht erhalten werden muß. — Für den Gläubiger kann die Vorenthaltung eines solchen Documentes, zu welchem ihm von dem Schuldner das Recht eingeräumt wurde, ein schickliches Zwangsmittel werden, denselben zur Leistung seiner Schuldigkeit zu verhalten; und es läßt sich im Allgemeinen nicht nachweisen, daß ein Vertrag, wodurch dem Gläubiger ein solches Retentionsrecht eingeräumt wird, ungültig sey.

Siebentes Hauptstück.

Von Dienstbarkeiten (Servituten).

§. 472.

Begriff des Rechtes der Dienstbarkeit.

Durch das Recht der Dienstbarkeit wird ein Eigenthümer verbunden, zum Vortheile eines Anderen in Rücksicht seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen. Es ist ein dingliches, gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.

1) Da es bey uns keine Leibeigene und Sclaven gibt, so kann auch nur im Sachenrechte von Servituten die Rede seyn. — Die Servitut ist der Freyheit des Eigenthums entgegen gesetzt, von welcher §. 362 gehandelt worden ist. Solche Einschränkungen des Eigenthumsrechtes Anderer sind nach Verschiedenheit der Verhältnisse manchen Eigenthümern liegender Güter oft sehr gedeihlich und oft ganz unentbehrlich, ohne den Verpflichteten sehr lästig zu fallen. — Indem daher die Benützung des Eigenthumsrechtes auf einer Seite eine mäßige Einschränkung erleidet, gewinnt dieselbe größtentheils auf der anderen Seite eine ungleich weitere Ausdehnung, und auf diese Art und Weise dienen die Servituten im Allgemeinen zur vollkommenen Benutzung des Eigenthumes selbst. — Servituten können aber auch oft dem Verpflichteten eine größere Last auflegen, als dadurch auf der anderen Seite Vortheil gewonnen wird; sie können überdieß der landschaftlichen Cultur schädlich werden. Darum muß jede kluge Gesetzgebung dahin trachten, solche Servituten, so viel als mit der Freyheit des Dispositionsrechtes jedes Eigenthümers vereinbarlich ist, einzuschränken.

2) Nach dem hier aufgestellten Begriffe ist die Servitut ein *dingliches* Recht, welches gleichsam die Sache selbst afficirt, ohne daß dabey auf die Person des Verpflichteten Rück-

sicht genommen wird, und welche daher ihrer Natur nach die aus ihr hervorgehenden Verpflichtungen auf jeden Besitzer übertragen soll. — Es kann zwar ein Eigenthümer das Versprechen, in seiner Sache etwas zu dulden oder zu unterlassen, dahin beschränken, daß nur er und seine Erben, nicht auch ein dritter Besitzer derselben, dazu verbunden seyn solle; dann ist aber das durch dieses Versprechen entstehende Recht kein Servitutsrecht, sondern, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat, ein bloß persönliches Forderungsrecht, welches nicht nach den in diesem Hauptstücke aufgestellten, sondern nach den in der zweyten Abtheilung des zweyten Theiles des G. B. enthaltenen Vorschriften zu beurtheilen ist.

3) Es ist daher bey einer Servitut auch immer eine Sache Gegenstand des Rechtes, und nicht eine persönliche (positive) Leistung des Eigenthümers. Ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, daß er gewisse, dem Promissär vortheilhafte Handlungen unternehmen wolle, ist zwar für ihn und dessen Erben verbindlich; es gründet aber dieses Versprechen kein, seiner Natur nach dingliches, d. h. gegen jeden Besitzer der Sache wirksam seyn sollendes Recht. — Macht sich der Eigenthümer durch sein Versprechen ausdrücklich verbindlich, das Eigenthum der Sache nur gegen dem an einen Andern zu übertragen, daß dieser diese gleiche Verbindlichkeit für sich und seine Singularnachfolger übernehmen solle, dann geht allerdings seine Absicht dahin, ein dingliches Recht für den Promissär zu begründen, und letzterer erhält dadurch ohne Zweifel auch die Befugniß, zu verlangen, daß dieses Recht auf die Sache selbst in den öffentlichen Büchern eingetragen werde; — allein ein eigentliches Servitutsrecht wird dadurch nicht begründet. Denn dieses ist, nach dem hier aufgestellten Begriffe, lediglich auf eine Unterlassung des Eigenthümers gerichtet.

4) Jede Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache. Das Recht, was der Eigenthümer an seiner eigenen Sache ausübet, kann nur die Folge seines Eigenthumsrechtes selbst, aber keine Servitut seyn. — Die Wahrheit dieser Behauptung, welche nach dem römischen Rechte keinem Zweifel

unterliegt, zeigt sich in den Worten des gegenwärtigen §., nach welchem das Recht der Dienstbarkeit nur die Rechte des Eigenthümers zum Vortheile eines Anderen beschränket. An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen läßt sich in so fern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst, vermöge der Gemeinschaft, nicht gehabt haben würde. — Es kann auch die eigene Sache des Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche der eigenen dienstbar seyn. — Auf eine Servitutut kann keine neue Dienstbarkeit erworben werden, denn die von Seite des Servitutsberechtigten auf sein Recht an einen Andern geschehende Uebertragung einer Dienstbarkeit wäre nichts anders, als eine theilweise Uebertragung seines eigenen Servitutsrechtes, welche nach §. 485 nicht Platz greift.

5) Das Recht, welches uns vermöge der Dienstbarkeit auf einer Sache zustehet, besteht nach dem Inhalte des gegenwärtigen §. darin, daß der Eigenthümer derselben entweder etwas leiden, dulden muß, was er vermöge seines Eigenthumsrechtes zu dulden nicht verpflichtet gewesen wäre, oder daß er Handlungen unterlassen muß, die ihm vermöge seines Eigenthumsrechtes zugestanden wären. Im ersten Falle wird die Dienstbarkeit eine bejahende (affirmative), im zweyten eine verneinende (negative) genannt. Hieraus erkläret sich, wie Glück in seinem Commentare über die Pandekten [1]) ganz treffend bemerkt, ganz natürlich, warum das Recht der Dienstbarkeit ein seiner Natur nach dingliches Recht sey. Er sagt nähmlich: „Jeder ist befugt, von seinem Eigenthume so viel wegzugeben, als ihm beliebt. Hat sich nun der Eigenthümer eines oder mehrerer Theile seines Eigenthums vertragsmäßig begeben, es sey nun, daß er solche entweder bloß von dem Eigenthume abgerissen, oder daß er die Ausübung der losgerissenen Theile auf einen Anderen oder desselben Sache übertragen habe, so ist dadurch das Eigenthum beschränkt, und ein fortdauerndes Verhältniß des Nichtmehrvor-

1) §. 620 Nr. 4.

handenseyns ehemahls da gewesener Eigenthumstheile, und zwar zu Gunsten einer Person oder Sache, eingeführt. Wie nun der künftige Erwerber der dienenden Sache das Eigenthum derselben mehr oder weniger beschränkt findet, so und nicht anders steht es ihm zu."

6) Die Ausübung eines Servitutsrechtes findet jedoch nur in so fern Statt, als selbes zum Vortheile des Berechtigten gereichet. Es kann daher keine Dienstbarkeit gültig errichtet werden, wobey nicht der Erwerbende irgend ein in rechtlicher und moralischer Hinsicht erlaubtes Interesse hat. — Der gegenwärtige §. fordert ausdrücklich, daß die Dienstbarkeit zum Vortheile gereichen solle; auch der §. 861 setzt bey der Erklärung, wie ein Vertrag zu Stande komme, offenbar voraus, daß der Annehmer ein rechtliches Interesse an der Erfüllung des Versprechens habe. Dieses stimmt auch mit den Forderungen der Rechtsphilosophie überein, zu Folge welchen die Rechte überhaupt als Mittel zur Realisirung bestimmter Zwecke dienen sollen; und mehreren Paragraphen unseres bürgerlichen Gesetzbuches liegt offenbar die nähmliche Ansicht zu Grunde. — So ordnet der §. 962 an, daß der Verwahrer dem Hinterleger die Sache auch noch vor Verlauf der Zeit zurückstellen müsse, was der Regel nach auch bey dem Leihvertrage gilt, indem der Entlehner vor der bestimmten Zeit die entlehnte Sache zurückzustellen berechtiget ist, wenn der Verleiher nicht ausweiset, daß ihm die Zurückstellung beschwerlich falle (§. 977); und der §. 881 sagt, daß Niemand für einen Andern ein Versprechen annehmen könne. Aus eben diesem Grunde erklärt auch der §. 1371 die dem Pfandvertrage beygefügte Bedingung, daß der Schuldner sein liegendes Gut keinem Andern verschreiben solle, für unerlaubt und ungültig. — Uebrigens ist es, wie Herr Professor Schuster bemerkt hat [1]), gleichgültig, ob der Vortheil ein solcher sey, welcher einen neuen Zuwachs für unsere Vermögensumstände bewirkt, oder ob er bloß zu unserer Bequemlichkeit,

1) Siehe dessen vortreffliches Werk über das Baurecht, Verbiethungsrecht, den Gebrauch und Nichtgebrauch der Dienstbarkeiten u. s. w. Prag 1813, S. 116 — 124.

zur Verschönerung, zum Vergnügen, zur Geisteserhohlung, zur Befriedigung unseres Kunstsinnes, ja selbst was immer für einer, wenn gleich noch so eingebildeten, folglich nur in unserer Vorstellnng gegründeten Vorzüglichkeit, oder zur Nahrung unserer Schwärmerey diene, wie z. B. Bildwerke, um das Andenken abgeschiedener Freunde zu feyern; dann ob der Vortheil sich bereits in dem Zeitpuncte der bestellten Dienstbarkeit äußere, oder erst künftig zu erwarten stehe. — Indessen muß, nach meiner Ueberzeugung, immer ein vor den Augen der Vernunft zu rechtfertigender Zweck dabey zu Grunde liegen. — Die Bestellung einer Servitut, welche einen an und für sich unvernünftigen, oder auf Schadenfreude abzielenden Zweck realisiren soll, kann nicht gültig seyn, indem man in diesem Falle gewiß nicht sagen kann, daß sie zum Vortheile eines Andern bestellt worden sey. Herr Professor Schuster [1]) wirft dabey die Frage auf: was Rechtens sey, wenn die bestellte Dienstbarkeit dem Erwerber, vermöge der Behauptung des Verpflichteten, in keiner Hinsicht einen Vortheil gewähren kann? — und unterscheidet bey Beantwortung dieser Frage zwischen bejahenden und verneinenden Servituten. Bey ersteren könne der Verpflichtete die Aufhebung eines wirklich in Ausübung befindlichen Rechtes, unter dem Vorwande, daß der Dienstbarkeit die gesetzliche Bedingung des Vortheils mangle, nicht fordern, außer es stünde dem Ausübungsrechte die rechtliche Unmöglichkeit der Leistung im Wege (§. 878), weil es dem Richter immer an dem Criterion mangeln wird, eine Handlung, die von einem dazu berechtigten Menschen unternommen wird, als eine nutzlose zu erklären. — Anders sey es aber bey verneinenden Dienstbarkeiten; denn hier lasse sich allerdings das Daseyn eines Criterions denken, wornach sich mit Zuverlässigkeit bestimmen lasse, ob das übertragene Untersagungsrecht wirklich von allem Vortheile entblößt sey. Denn da in der verneinenden Dienstbarkeit der versprechende Theil nur zu einer Unterlassung verhalten, der erwerbende aber nicht eben

1) Siehe dessen vorstehend angeführtes Werk S. 124 — 128.

so, wie in einer bejahenden, zu einer Ausübung berechtiget wird, in welcher er, seiner Einbildung nach, einen Vortheil zu finden vorschützen kann, so lasse sich auch ohne weiters aus den Umständen entnehmen, ob das ertheilte Verbiethungsrecht wirklich gar keinen Vortheil gewähre. — Allein es scheint mir, daß sich auch bey bejahenden Dienstbarkeiten erkennen lasse, ob sie dem Berechtigten Vortheil bringen oder nicht. Setzen wir den Fall: A mache sich dem B verbindlich, zu gestatten, daß letzterer, so oft es ihm gefällig ist, die Fenster in dem Hause des ersteren einwerfe, oder A mache sich gegen den B anheischig, zu dulden, daß letzterer, so oft, und wie es ihm gefällig ist, Wasser auf das Grundstück des ersteren ausgieße. — Nun lasse der B sein Wasser eigens von der Mur hohlen, und gieße es, ohne selbes im Geringsten zu benützen, auf das Grundstück des A. Sollte nun in beyden Fällen der A verpflichtet seyn seinem Versprechen nachzukommen, sich gegen das Fenstereinwerfen und das Wasserausgießen des B nie auflehnen können, sondern beydes für immerwährende Zeiten geduldig ertragen müssen? — Kann man sich bey Ausübung eines solchen Servitutsrechtes wohl einen Vortheil des Berechtigten denken? — ausgenommen, man zähle die Befriedigung der Lust, Jemanden Schaden zuzufügen, oder zu chikaniren, gleichfalls unter die Vortheile. Man könnte vielleicht glauben, es stehe der Bestellung solcher Servituten die Unmöglichkeit der Leistung in dem Sinne des §. 878 entgegen; allein dieses ist keineswegs der Fall. Denn das Einwerfen des Fensters in einem fremden Hause, oder das Ausgießen des Wassers auf das Grundstück des Nachbars, ist, wenn es mit Bewilligung des fremden Eigenthümers geschieht, an und für sich keine unerlaubte Handlung, da jeder Eigenthümer befugt ist, seine Sache zu vertilgen (§. 362), folglich sie auch durch einen Anderen vertilgen zu lassen. Jeder unbeschränkte Eigenthümer hat das unbezweifelte Recht, seine Sache, z. B. seine Uhr, in den Fluß zu werfen, und wenn er daher einem Andern das Versprechen macht, dieselbe an einem bestimmten Tage in den Fluß zu werfen, so hat er auch keine unerlaubte Handlung zugesichert. Wird aber nun der Promissar auf Erfüllung die-

ses Versprechens dringen können? Gewiß nicht. Aber warum? Weil der Promissär kein vor dem Richterstuhle der Vernunft zu rechtfertigendes Interesse wird nachweisen können, welches er aus der Vertilgung einer fremden Sache schöpfen kann. Ich glaube sohin, daß sich bey den bejahenden Dienstbarkeiten so gut, wie bey den verneinenden, aus den Umständen beurtheilen lasse, ob die Dienstbarkeit dem Berechtigten einen Vortheil gewähre, oder nur aus Bosheit oder zur Chikane ausgeübet werde.

§. 473.

Eintheilung der Dienstbarkeiten in Grunddienstbarkeiten und persönliche.

Wird das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstückes zu dessen vortheilhafteren oder bequemeren Benützung verknüpft, so entsteht eine Grunddienstbarkeit; außerdem ist die Dienstbarkeit persönlich.

1) Das Subject, welchem das Recht der Dienstbarkeit zusteht, ist entweder eine Person, oder eine Sache. Ist das Recht der Dienstbarkeit mit einem Grundstücke dergestalt verknüpft, daß sie wegen des reellen Vortheiles, oder der Bequemlichkeit, welche sie verschafft, für jeden Besitzer desselben einen Werth haben muß, so heißt sie eine dingliche, eine Grunddienstbarkeit. Der Ausdruck „Grundstück" wird hier, wie aus dem nachfolgenden §. ersichtlich ist, im weitläufigsten Sinne des Wortes genommen, und hierunter auch alle jene Sachen begriffen, welche auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt werden, daß sie stets darauf bleiben sollen, wie Häuser und andere dergleichen Gebäude (§. 297).

2) Ist aber das Recht der Dienstbarkeit lediglich auf die Person des berechtigten Subjectes eingeschränkt, so daß es, nach der Absicht des Bestellenden, auf einen Dritten nicht übergehen soll, so nennt man sie eine persönliche Servitut. Es ist zwar immer ein objectiv dingliches, aber subjectiv persönliches Recht (§. 307).

§. 474.

In Feld- und Hausservituten.

Grunddienstbarkeiten setzen zwey Grundbesitzer voraus, deren Einem, als Verpflichteten, das dienstbare, dem Anderen, als Berechtigten, das herrschende Gut gehört. Das herrschende Grundstück ist entweder zur Landwirthschaft oder zu einem anderen Gebrauche bestimmt; daher unterscheidet man auch die Feld- und Hausservituten.

1) Aus dem Inhalte dieses §. ergibt sich, daß Realservituten nur an einer unbeweglichen Sache ausgeübt werden können. Sowohl das herrschende, als das dienstbare Gut ist ein Grundstück. Das herrschende Grundstück ist nähmlich dasjenige, mit dessen Besitze das Recht der Dienstbarkeit verbunden ist; das dienende jenes, in Ansehung welchem der Eigenthümer etwas dulden oder unterlassen muß.

2) Ist das herrschende Gut zur Landwirthschaft bestimmt, und hat daher das Servitutsrecht den Zweck, zur vortheilhafteren Benützung der Landwirthschaft zu dienen, so nennt man dieses eine Feldservitut; soll aber die Servitut zum Nutzen eines Gebäudes bestehen, so nennt man sie eine Hausservitut.

3) Wenn man die nachfolgenden §§. lieset, welche Beyspiele von Feld- und Hausservituten aufstellen, so siehet man, daß sie sich besonders darin unterscheiden, daß die Feldservituten bejahende Dienstbarkeiten sind, da hingegen die Hausdienstbarkeiten auch negative seyn können; daß ferner die ersteren sich gewöhnlich durch Handlungen äußern, welche nur von Zeit zu Zeit unternommen zu werden pflegen, wogegen die Hausdienstbarkeiten gewöhnlich einen continuirlichen Gebrauch haben, und endlich, daß erstere durch den bloßen Nichtgebrauch verloren gehen können, wo hingegen zur Aufhebung der letzteren eine usucapio libertatis nöthig ist.

§. 475.

Gewöhnlichere Arten: a) der Hausservituten;

Die Hausservituten sind gewöhnlich:

1) Das Recht, eine Last seines Gebäudes auf ein fremdes Gebäude zu setzen;
2) einen Balken oder Sparren in eine fremde Wand einzufügen;
3) ein Fenster in der fremden Wand zu öffnen; es sey des Lichtes oder der Aussicht wegen;
4) ein Dach oder einen Erker über des Nachbars Luftraum zu bauen;
5) den Rauch durch des Nachbars Schornstein zu führen;
6) die Dachtraufe auf fremden Grund zu leiten;
7) Flüssigkeiten auf des Nachbars Grund zu gießen oder durchzuführen.

Durch diese und ähnliche Hausservituten wird ein Hausbesitzer befugt, etwas auf dem Grunde seines Nachbars vorzunehmen, was dieser dulden muß.

Diese hier aufgezählten Servituten sind bejahender (affirmativer) Natur. Das Gesetz reihet sie unter die Hausservituten, weil sie gewöhnlich zur besseren Benutzung eines Hauses bestellt zu werden pflegen; indessen kann es sich manchmahl fügen, daß die eine oder andere auch zum Vortheile der Landwirthschaft eingeräumt wird, und dadurch in eine Feldservitut übergeht. Die Erörterung der Rechtsverhältnisse bey den besonderen Arten der Servituten muß der Erläuterung der §§. 487 — 503 vorbehalten bleiben, weil sich erst nach der Darstellung der bey Servituten bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätze die Anwendung auf die einzelnen Servituten der Ordnung nach machen läßt.

§. 476.

Durch andere Hausservituten wird der Besitzer des dienstbaren Grundes verpflichtet, etwas zu unterlassen, was ihm sonst zu thun frey stand. Dergleichen sind:

8) sein Haus nicht zu erhöhen;
9) es nicht niedriger zu machen;
10) dem herrschenden Gebäude Licht und Luft,
11) oder die Aussicht nicht zu benehmen;
12) die Dachtraufe seines Hauses von dem Grunde des Nachbars, dem sie zur Bewässerung seines Gartens oder zur Füllung seiner Cisterne, oder auf eine andere Art nützlich seyn kann, nicht abzuleiten.

Sämmtliche hier erwähnte Dienstbarkeiten sind verneinend (negativ), indem sie die Freyheit des Eigenthümers in solchen Handlungen beschränken, die er, Kraft des Verfügungsrechtes, in seinem Eigenthume vorzunehmen befugt wäre. — Die in diesen beyden Paragraphen besonders aufgeführten Dienstbarkeiten sind, wie es aus dem Eingange derselben selbst hervorgehet, keineswegs die einzigen, sondern nur die gewöhnlicheren Arten, und es kann deren so viele geben, als Einschränkungen des Eigenthumes auf ein unbewegliches Gut zum Vortheile eines fremden Gebäudes dienen können.

§. 477.

b) der Feldservituten.

Die vorzüglichen Feldservituten sind:

1) Das Recht, einen Fußsteig, Viehtrieb oder Fahrweg auf fremdem Grund und Boden zu halten;
2) das Wasser zu schöpfen, das Vieh zu tränken, das Wasser ab- und herzuleiten;

3) das Vieh zu hüthen und zu weiden;
4) Holz zu fällen, verdorrte Aeste und Reiser zu sammeln, Eicheln zu lesen, Laub zu rechen.
5) zu jagen, zu fischen, Vögel zu fangen;
6) Steine zu brechen, Sand zu graben, Kalk zu brennen.

Auch durch die Aufzählung dieser Servituten soll die Reihe derselben nicht erschöpft, sondern nur von den gewöhnlicheren und vorzüglicheren eine Erwähnung geschehen.

§. 478.

Arten der persönlichen Dienstbarkeiten.

Die persönlichen Servituten sind: der nöthige Gebrauch einer Sache; die Fruchtnießung und die Wohnung.

1) Grunddienstbarkeiten sind dem Objecte und Subjecte nach dinglich. So wie die Last auf dem dienenden Grundstücke haftet, und daher auf jeden Besitzer desselben übergeht, so ist auch das Recht der Dienstbarkeit mit dem herrschenden Grundstücke so verbunden, daß es auf jeden Besitzer desselben mit übertragen wird. Man sagt daher: der Grund diene einem Grunde (praedium praedio servit). Persönliche Dienstbarkeiten sind nur dem Objecte nach dingliche Rechte, indem sie zwar gegen jeden Besitzer des dienstbaren Grundes ausgeübt werden können, das Recht hierzu aber immer einer Person, ohne Beziehung auf eine Sache, zukömmt, folglich sind sie dem Subjecte nach persönliche Rechte. — Ein weiterer Unterschied zwischen persönlichen und Realservituten besteht darin, daß bey ersteren das Object sowohl eine bewegliche als unbewegliche Sache seyn kann, wogegen letztere nur bey unbeweglichen Sachen Statt haben; denn sie sind, wie die römischen Juristen sich ausdrückten, jura et qualitates praediorum, welche nicht bloß auf eine Zeit lang, sondern auf immer constituiret werden. Sie erfordern daher

zu ihrer Existenz ein Object und Subject, welches seiner Natur nach perpetuirlich ist [1]).

2) Der Begriff der hier aufgezählten Rechte wird weiter unten erörtert werden. Sie sind die nähmlichen, welche im römischen Rechte als Personalservituten aufgeführt sind; nur hat das letztere denselben noch eine vierte, nähmlich die opera servorum beygefügt, welche ganz natürlich nach österreichischem Rechte wegfällt. Diese Dienstbarkeiten verdienen auch in der Hinsicht den Nahmen der persönlichen, weil sie ganz auf die Person des Berechtigten eingeschränkt sind, und ohne ausdrückliche Bestimmung nicht einmahl auf seine Erben übergehen. Diese Eigenschaft liegt in der Natur ihrer Beschaffenheit, welche von der Art ist, daß der Eigenthümer der dienstbaren Sache für die Zeit der bestellten Dienstbarkeit von derselben beynahe keinen Vortheil ziehen kann; sollte diese Dienstbarkeit daher auch auf die Erben des Berechtigten übergehen, so bliebe für den Eigenthümer kaum mehr, als der leere Nahme des Eigenthumes übrig, der Genuß davon wäre für ihn und seine Erben beynahe gänzlich und für immer verloren. — Daher hat der Besteller der Servitut auch nicht erst nöthig, ausdrücklich beyzusetzen, daß das Servitutsrecht auf die Person des Berechtigten eingeschränkt seyn solle, weil es sich schon aus dem Begriffe derselben versteht. Darum pflegt man sie auch die ordentlichen oder regelmäßigen persönlichen Dienstbarkeiten zu nennen, im Gegensatze der nächstfolgenden unregelmäßigen [2]).

§. 479.

Unregelmäßige und Scheinservituten.

Es können aber auch Dienstbarkeiten, welche an sich Grunddienstbarkeiten sind, der Person allein; oder es können Begünstigungen, die ordentlicher Weise Servituten sind, nur bloß auf Widerrufen zugestanden werden. Die Abwei-

1) Glück an a. O., §. 623.
2) Zeillers Commentar Nr. 2.

chungen von der Natur einer Servitut werden jedoch nicht vermuthet; wer sie behauptet, dem liegt der Beweis ob.

1) Die Real- oder Grunddienstbarkeiten sind ihrer Natur nach bleibend, und werden auf jeden, selbst Particularnachfolger des herrschenden Gutes übertragen. Denn die Absicht des Bestellers einer solchen Servitut geht der Regel nach immer darauf hin, dadurch das herrschende Gut zu vervollkommnen. Setzen wir z. B. den Fall, ein Landgut leide Mangel an Wasser. Dieser Wassermangel ist ohne Zweifel eine Unvollkommenheit desselben, indem der Eigenthümer, wenn er sich nicht auf eine Art Rath zu schaffen weiß, sein Vieh nicht tränken, seinen Garten nicht bewässern könnte. — Dieser Mangel des eigenen Wassers nöthigt ihn daher, mit seinem Nachbar einen Vertrag zu schließen, und sich in diesem Vertrage die Servitut, das Wasser zu schöpfen und das Vieh zu tränken, einräumen zu lassen. — Offenbar will er dadurch sein Gut verbessern, und dieses Recht gleichsam demselben einverleiben. Wird daher eine solche Dienstbarkeit, welche das Gesetz ausdrücklich als eine Grunddienstbarkeit bezeichnet hat, auf was immer für eine Art und Weise bestellt, so wird angenommen, daß die Absicht des Bestellers darauf hinaus gehe, das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze des Grundstückes zu verbinden. Da übrigens die von dem Gesetzgeber ausdrücklich aufgeführten Haus- und Feldservituten nur beyspielweise angegeben worden sind, ohne daß derselbe dabey die Absicht hatte, durch die Aufzählung dieser Arten das ganze Gebieth der Grunddienstbarkeiten erschöpfen zu wollen, so muß obige Bemerkung auch bey anderen Dienstbarkeiten angewendet werden, welche gleichfalls zum Zwecke haben, zur besseren Benützung eines Hauses oder eines Grundstückes beyzutragen.

2) Indessen liegt es in der Macht desjenigen, der eine Dienstbarkeit freywillig bestellet, sich ausdrücklich zu bedingen, daß das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze des Hauses oder Grundstückes nicht verbunden, sondern auf die Person desjenigen, dem dieses Recht eingeräumt wird, beschränkt seyn solle. — Es kann sogar das Recht einer Grunddienstbarkeit, die ihrer

Natur nach immerwährend ist, weil sie auf dem Grundstücke selbst haftet, oder das Recht einer persönlichen Dienstbarkeit, das ordentlicher Weise dem Berechtigten auf seine Lebenszeit zusteht, auch bloß bittweise (präkär) oder widerruflich verliehen werden, so daß es von der Willkühr des Verleihers oder seiner Nachkommen abhängen soll, die Servitut wieder einzustellen. Denn derjenige, der überhaupt nicht gezwungen werden kann, Jemanden das Recht der Dienstbarkeit einzuräumen, kann auch nicht gehindert werden, das Recht derselben auf eine ihm gefällige Weise zu beschränken.

3) Es liegt in der Natur der Sache, daß diese Abweichungen von der Regel und Natur der Dienstbarkeiten nicht vermuthet werden können, und daher von demjenigen, der sie behauptet, erwiesen werden müssen. Denn die Vermuthung streitet immer für das Daseyn der natürlichen gewöhnlichen Eigenschaften einer Sache. Wer also eine Realdienstbarkeit als eine bloß persönliche, oder wer was immer für eine Dienstbarkeit auf eine widerrufliche Weise verleihen will, muß sich und seine Nachfolger, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkte, mit Urkunden, deutlichen Erklärungen in den öffentlichen Büchern, oder anderen bleibenden Merkmahlen und Beweisen der Abweichung zu dem Ende verwahren, damit das nur zeitlich oder widerruflich zugestandene Recht nicht als ein fortdauerndes verjährt werde (§. 1464).

4) Zuweilen ist es aber auch aus den Umständen, unter welchen eine Servitut bestellt wird, zu entnehmen, ob das Recht als ein immerwährendes, oder als ein bloß zeitliches eingeräumt wird. Ist derjenige, welchem ein Servitutsrecht eingeräumt wird, nicht Eigenthümer des Grundstückes, sondern Fruchtnießer oder Pächter, so versteht es sich auch ohne ausdrücklichen Beysatz, daß das Recht der Servitut nicht als ein immerwährendes, auf dem Grundstücke selbst haftendes Recht, sondern als ein nur der Person des zeitlichen Nutznießers anklebendes Recht verliehen werde. Denn da ohne ausdrückliche Bevollmächtigung kein Mensch für einen Anderen Rechte erwerben kann, so kann sich auch der Fruchtnießer oder Bestandnehmer zu Gunsten des

Eigenthümers, ohne dessen Wissen und Willen, kein Servitutsrecht mit rechtlicher Wirkung bedingen. — Wird daher einem solchen ein Servitutsrecht eingeräumt, so kann auch die Absicht des Bestellers nur dahin gerichtet seyn, daß der Nutznießer nur für seine Person, und nur auf die Dauer seines Genusses dieses Recht auszuüben haben solle. Sollte letzterer nach dem ihm eingeräumten Rechte das Eigenthumsrecht des Grundstückes erwerben, so würde ihm dieser Umstand, wie Herr Professor Schuster bemerkt [1]), kein ausgedehnteres Gebrauchsrecht, folglich auch keinen Anspruch auf eine Grunddienstbarkeit gewähren, da Verträge immer aus der zur Zeit der Abschließung von beyden Seiten hervorleuchtenden Absicht beurtheilt werden müssen. Aus eben diesem Grunde muß auch dessen weitere Bemerkung, daß der annehmende Theil, wenn er bereits zur Zeit des abgeschlossenen Vertrages das Eigenthum des Grundstückes erworben hätte, welches er vorher als Fruchtnießer oder Pächter in seiner Gewahrsame hatte, diesen Umstand aber dem versprechenden Theile verheimlichet hätte, das erworbene Recht demnach als keine Grunddienstbarkeit erworben haben würde, vollkommen gegründet angesehen werden.

5) So wie nun aber einerseits durch einen ausdrücklichen Vertrag das Recht der zur vortheilhafteren Benützung eines Grundstückes eingeräumten Dienstbarkeit bloß auf die Person des Berechtigten eingeschränkt werden kann, so kann dieses auch umgekehrt in Ansehung des Verpflichteten geschehen. — Wer nähmlich einem Anderen ein Dienstbarkeitsrecht einräumet, von dem muß angenommen werden, daß er nicht bloß sich und seine Erben, sondern auch seine Gutsnachfolger zur Duldung oder Gestattung verpflichten wollte. Denn die Dienstbarkeit begründet, seiner Natur nach, ein dingliches, folglich gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache ausübbares Recht. — Wenn daher z. B. der Grundbesitzer A dem B das Recht einräumt, über seine Wiese zu fahren, so wird dadurch, der Regel nach, dem B auch das Recht eingeräumt, die Particularnachfolger des A zu verhalten, daß

1) In seinem Baurechte S. 136 — 137.

sie die Fahrt auf dieser Wiese gestatten. — Indessen steht kein Hinderniß entgegen, daß der Servitutsverpflichtete sich in dem Vertrage, worin er die Verpflichtung übernimmt, ausdrücklich ausbedingen könne, daß er sich nur für seine Person zu dieser Gestattung verpflichte, ja, er kann sich sogar vorbehalten, diese Gestattung nach Willkühr wieder einzustellen, wie bereits Nr. 2 erwähnt worden ist.

6) Ist derjenige, der dem Andern ein solches Dienstbarkeitsrecht einräumet, selbst nicht Eigenthümer, sondern bloß Inhaber des Grundes, so versteht es sich von selbst, daß sich das eingeräumte Recht der Dienstbarkeit über die Dauer der Inhabung nicht ausdehnen könne; denn der bloße Inhaber kann durch seine einseitige Verfügung das Recht des Eigenthümers nicht kränken.

§. 480.

Erwerbung des Rechtes der Dienstbarkeit. Titel zur Erwerbung.

Der Titel zu einer Servitut ist auf einem Vertrage; auf einer letzten Willenserklärung; auf einen bey der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgten Rechtsspruche; oder endlich auf Verjährung gegründet.

1) Vor Allem ist hier zu bemerken, daß Servituten der Regel nach nie von einem Berechtigten auf den andern übergehen, sondern immer ursprünglich erworben werden müssen. Die Dienstbarkeit ist nähmlich entweder eine Real- oder Personalservitut. — Ist sie die erstere, so wird das Recht der Dienstbarkeit mit dem herrschenden Grundstücke verbunden, macht gleichsam einen Theil desselben aus, und geht nur als Theil des Ganzen bey einer Eigenthumsveränderung an den neuen Eigenthümer über. Der neue Eigenthümer erwirbt das Recht der Dienstbarkeit nur als eine Eigenschaft des an sich gebrachten Gutes, nicht als ein für sich bestehendes selbstständiges Recht. Derjenige, dem das Recht der Dienstbarkeit ursprünglich eingeraumt worden ist, hat kein Recht, dasselbe willkührlich an einen Andern zu übertragen; er hat z. B. nicht das Recht, das ihm

von dem Nachbar A übertragene Recht, über des letzteren Wiese fahren zu dürfen, an den anderen Nachbar B abzutreten. — Ist die Servitut eine personelle, so kann sie schon vermöge ihrem Begriffe auf andere Personen nicht übertragen werden. Die Ausnahme hievon bey §. 529.

2) Die Servituten können entweder durch den Willen des Eigenthümers der dienstbaren Sache, oder auch ohne seinen Willen, ihre Entstehung erhalten. Im ersteren Falle liegt der Titel in einem Vertrage oder in einer letzten Willenserklärung. Zur Gültigkeit eines solchen Vertrages wird, wie bey allen Verträgen, Fähigkeit der Personen, wahre Einwilligung und Möglichkeit der Leistung erfordert. In ersterer Beziehung kann daher die Frage aufgeworfen werden: wer eine Servitut constituiren könne? — Diese Frage soll hier, mit Hinweglassung der für alle Verträge überhaupt geltenden, und bey Erläuterung des §. 865 erörtert werdenden Bestimmungen, nur in Bezug auf die Natur der Servituten beantwortet werden. Derjenige, welcher eine Servitut bestellen will, muß fähig seyn, vermöge eines ihm zustehenden unbeschränkten und ausschließlichen Eigenthums, über die Sache zu disponiren, welcher die Last der Servitut aufgelegt werden soll. Wer daher:

a. ein zeitliches Eigenthum hat, kann zum Nachtheile seines Nachfolgers im Eigenthume der Sache keine Dienstbarkeit auflegen; er kann sich nur für seine Person verbinden, daher nur eine unregelmäßige Servitut constituiren. Wer ferner

b. bloß einen Antheil an einem gemeinschaftlichen Grundstücke hat, kann allein, ohne Einstimmung des Miteigenthümers, demselben keine Servitut auflegen; denn eine Servitut ist untheilbar (§. 485). Besitzt von beyden Miteigenthümern der eine noch ein eigenes Grundstück, so kann er, nach den Vorschriften des römischen Rechtes [1]), weder auf dem gemeinschaftlichen Grundstücke, um seines eigenen Grundstückes Willen, eine Servitut constituiren, noch seinem eigenen Grundstücke eine Servitut, zum Nutzen des gemeinschaftlichen, auflegen,

1) Siehe Glück's Erläuterungen 9. Theil, 1. Abtheilung, S. 41.

wenn es gleich mit Zustimmung des Miteigenthümers geschehe, weil er in dem ersten Falle die Servitut zum Theil von sich selbst erwerben, in dem andern aber zum Theil sich selbst eine Servitut einräumen würde. Auch der Vertrag von Seite des Miteigenthümers wird aus dem Grunde für ungültig gehalten, weil Realservituten keine Theilung zulassen. Allein ich halte diese Entscheidung für eine Subtilität des römischen Rechtes, und bin der Meinung, daß, nach dem Geiste des österreichischen Gesetzbuches, der Miteigenthümer zum Besten desjenigen Grundstückes, das er als Alleineigenthum besitzt, allerdings eine Servitut an der gemeinschaftlichen Sache mit Einstimmung des Miteigenthümers constituiren, und auch seinem eigenen Grundstücke eine Servitut, zum Nutzen des gemeinschaftlichen, auflegen könne. Es ist zwar richtig, daß eine Servitut eine fremde Sache voraussetze, und daß die Constituirung einer Servitut auf der eigenen Sache gegen den Begriff und die Natur einer Servitut verstößt. Allein eine gemeinschaftliche Sache ist ja in einer anderen Beziehung auch eine fremde Sache; denn der §. 828 sagt: „So lange alle Theilhaber (einer gemeinschaftlichen Sache) einverstanden sind, stellen sie nur eine Person vor, und haben das Recht, mit der gemeinschaftlichen Sache nach Belieben zu schalten. Sobald sie uneinig sind, kann kein Theilhaber an der gemeinschaftlichen Sache eine Aenderung vornehmen, wodurch über den Antheil des Anderen verfügt würde. — Wenn nun die Miteigenthümer in jenen Handlungen, welche die Antheile jedes Theilnehmers afficiren, in so fern sie einverstanden sind, nur als eine Person anzusehen sind, so muß diese eine Person als eine verschiedene Person von der des einen oder anderen Miteigenthümers angesehen werden; woraus folgt, daß ein Miteigenthümer, in Ansehung derjenigen Sache, die er als Alleineigenthum besitzt, im Einverständnisse mit seinem Miteigenthümer allerdings eine Servitut constituiren könne. — Stellen wir uns vor: A und B besitzen gemeinschaftlich ein Haus. Angränzend an dieses Haus besitzt A ein gleiches als Alleineigenthum. Ihm liegt

nun daran, zu bewirken, daß er für immerwährende Zeiten die Dachtraufe seines als Alleineigenthum im Besitze habenden Hauses auf den gemeinschaftlichen Grund leiten könne. Er findet seinen Miteigenthümer dazu geneigt; warum soll er nun diesen Wunsch hier nicht realisiren können? — In wessen Rechtssphäre wird dadurch eingegriffen? — Wo ist hier eine Naturwidrigkeit anzutreffen? — Wäre das Bestehen einer Servitut auf der gemeinschaftlichen Sache zum Besten der einem der Miteigenthümer als Alleineigenthum zustehenden Sache naturwidrig, so müßte in dem Falle, als die Servitut bereits bestand, ehe der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes ein Miteigenthum an der gemeinschaftlichen Sache erlangt hat, die Servitut durch die Erwerbung des Miteigenthums erlöschen; was gewiß Niemand behaupten wird.

c. Wer bloß ein Nutzungseigenthum an einer Sache hat, kann zwar für die Dauer seines Rechtes die Sache mit Servituten belegen, aber die Substanz des Grundstückes kann zum Nachtheile des Obereigenthümers dadurch nicht belastet werden, und es erlöschen daher die Servituten, wenn das Recht des Nutzungseigenthümers aufhört, so fern die Servituten ohne des ersteren Einwilligung errichtet worden wären.

3) Wer kann eine Servitut durch Vertrag erwerben? — Hier wird ganz natürlich zuvörderst erfordert, daß der Erwerbende überhaupt eine Person sey, die sich, nach §. 865, Rechte übertragen lassen kann. In Bezug auf Realdienstbarkeiten entsteht hier die Frage, ob der Miteigenthümer einer Sache eine Dienstbarkeit für selbe, ohne Einwilligung des anderen Miteigenthümers, erwerben könne? — Diese Frage, welche schon nach römischem Rechte verneinend beantwortet wird, muß es auch nach österreichischem werden [1]). Denn sobald die Theilhaber der gemeinschaftlichen Sache nicht einig sind, so kann keiner eine Verfügung vornehmen, welche auch auf den Antheil des anderen Einfluß nimmt (§. 828), und das Gesetz unterscheidet hier nicht, ob die Verfügung der Sache vortheilhaft sey oder nicht. In Anse-

1) Siehe Glück an a. O., S. 61.

hung der gemeinschaftlichen Antheile gleichen die Miteigenthümer einer einzigen Person, und es müssen daher, sowohl wenn es sich um Erwerbung von Rechten, als Constituirung von Lasten handelt, die mit der gemeinschaftlichen Sache in Verbindung gesetzt werden sollen, alle Miteigenthümer entweder directe oder indirecte (durch Bevollmächtigung) übereinstimmen, denn nur durch ihren gemeinschaftlichen Willen kommt der Wille dieser Einen Person, welche sie mitsammen ausmachen, zu Stande. Dagegen kann der Eigenthümer seinem Grundstücke eine Dienstbarkeit erwerben, wenn er auch gleich kein vollständiges oder unbeschränktes, oder auch nur widerrufliches Eigenthum hat. Z. B. der Eigenthümer wider Willen des Fruchtnießers, der Nutznießer u. s. w. Denn dadurch werden weder die Rechte des Fruchtnießers, noch die des Obereigenthümers verletzt. Daß man eine Servitut auch durch einen Bevollmächtigten erlangen könne, kann keinem Zweifel unterliegen.

4) Wie zu jedem Vertrage, so gehört auch zu demjenigen, der einen Titel zur Dienstbarkeit begründen soll, daß wahre Einwilligung vorhanden, und die Leistung sowohl moralisch als physisch möglich sey. Die physische Möglichkeit besteht aber hier nicht überhaupt darin, daß der Gegenstand der Servitut nach Naturgesetzen sich in Ausführung bringen lasse, sondern daß die Servitut demjenigen, zu dessen Gunsten sie bestellt wird, Vortheil gewähren könne. Wie läßt sich aber diese Möglichkeit beurtheilen? — Theils aus der im Vertrage ausgedrückten Absicht der Bestellung, theils aus der Natur und Beschaffenheit der Servituten selbst, und in dieser Hinsicht muß man zwischen den verschiedenen Gattungen der Dienstbarkeiten unterscheiden. Einige können gar keinen Vortheil gewähren, außer in dem Falle, wenn jeder der Vertragschließenden ein eigenthümliches angränzendes Grundstück besitzt. Von dieser Art sind die im §. 475 erwähnten ersten sechs Hausdienstbarkeiten, in Hinsicht welcher die Grundstücke zugleich aneinander gränzen müssen, weil ein dazwischen liegendes Grundstück die Ausübung der Servitut verhindern würde. Alle übrigen Grundienstbarkeiten sind dagegen von einer solchen Beschaffenheit, daß sie zwar gewöhn-

lich zur vortheilhaften Benützung eines Grundstückes, zuweilen aber auch zum Vortheile einer bestimmten Person, die kein eigenthümliches Grundstück besitzt, bestellt werden können. In diesem Falle begründet dann der Vertrag zwar keinen Titel zu einer Real-, wohl aber zu einer unregelmäßigen Personalservitut. Diese letzteren Dienstbarkeiten sind wieder von doppelter Gattung. Einige fordern nähmlich, wenn sie irgend einen Vortheil gewähren sollen, wenigstens die physische Innehabung eines angränzenden Grundstückes. Von dieser Eigenschaft sind, nebst der im §. 475 erwähnten siebenten, zugleich die im §. 476 enthaltenen verneinenden Hausdienstbarkeiten, dann die im §. 477 erwähnte Felddienstbarkeit, das Wasser ab- und herzuleiten. Alle übrigen Felddienstbarkeiten aber können sehr wohl bestehen, wenn man gleich weder Eigenthümer noch Inhaber eines Grundstückes ist, und selbst einen von dem verpflichteten Grundstücke entfernten Wohnsitz aufgeschlagen hat [1]). Wenn nun Jemanden, der kein angränzendes Grundstück besitzt oder inne hat, eine der ersten sechs, im §. 475 erwähnten, Dienstbarkeiten bestellt wird, so kann diese Bestellung unmöglich gültig seyn, weil, wenigstens nach der dermahligen Lage der Sache, die zugesicherte Duldung, in Bezug auf den Vortheil des Berechtigten, unmöglich ist. So ist z. B. allerdings physisch möglich, daß derjenige, dem die dritte Dienstbarkeit bestellt wird, ein Fenster in die Wand des Bestellers öffne; allein, daß diese Oeffnung des Lichtes oder der Aussicht wegen geschehe, oder vielmehr, daß derselbe dadurch an Licht und Aussicht gewinnen sollte, ist nicht möglich. — Eine solche Bestellung einer Servitut kann daher der Regel nach nicht im Ernste gemeint seyn. Es ist zwar möglich, daß derjenige, der sich die Servitut bestellen ließ, ein verborgenes, derzeit unwahrnehmbares, Interesse daran habe; in einem solchen Falle ist es nun nothwendig, die Absicht der Bestellung auszudrücken. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn sich Jemand, der in einer weiten Entfernung von einem bestimmten Hause sein eigenthümliches Haus besitzt, und

1) Siehe Schuster an a. O., S. 140 — 142.

auch darinnen wohnt, die Servitut des Nichthöherbauens bedingen würde, weil er die Absicht hat, das benachbarte Haus, dem dadurch ein Nachtheil zuginge, an sich zu bringen.

5) Eine Servitut kann ferner durch eine letzte Willensverordnung von dem Eigenthümer bestellt werden. Nach den Vorschriften des römischen Rechtes kann eine Servitut auch stillschweigend vermacht werden, wenn nähmlich die legirte Sache ohne die Servitut gar nicht zu gebrauchen seyn würde. Es fragt sich daher, was dießfalls nach österreichischen Gesetzen Rechtens ist? — Ein ausdrückliches Gesetz ist hierüber nicht vorhanden; indessen scheinet aus der Analogie anderer Gesetzesstellen das Nähmliche nach den österreichischen Gesetzen behauptet werden zu müssen. Denn hat der Erblasser Jemanden das Eigenthum einer Sache zugedacht, so hat er eben dadurch offenbar seinen Willen erklärt, daß der Legatar mit der Substanz und den Nutzungen derselben nach Willkühr schalten könne. Ist nun dieses ohne Ausübung einer Servitut nicht möglich, so ist anzunehmen, daß der Erblasser bey Errichtung der letzten Anordnung auf diesen Umstand nicht gedacht habe. Es ist also hier ein Fall vorhanden, der demjenigen ähnlich ist, wenn sich der Erblasser bey der Theilung seines Vermögens verrechnet hat, in welchem Falle diese auf eine Art vorzunehmen ist, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen auf das Möglichste erfüllet wird (§. 558), welches im vorliegenden Falle dadurch geschieht, wenn dem Legatar von dem Erben diese Servitut eingeräumt wird. Dabey muß jedoch, nach österreichischem Rechte, vorausgesetzt werden, daß unter den zur Erbschaft gehörigen Grundstücken das Grundstück begriffen sey, auf welchem die Servitut bestellt werden soll, oder daß dasselbe wenigstens dem Erben oder einem Legatar gehöre. — Ist aber das Grundstück ein fremdes, so ist der Erbe nicht verbunden, die Dienstbarkeit dem Legatar zu verschaffen. Denn hätte der Erblasser selbst ausdrücklich dem Legatar die Dienstbarkeit auf dem fremden Grundstücke eingeräumt, so hätte er eigentlich eine fremde Sache vermacht. Das Vermächtniß einer fremden Sache aber, die weder dem Erblasser, noch dem Erben oder Legatar, welcher

sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist wirkungslos (§. 662). Wenn aber der Erblasser ausdrücklich bestimmte, daß der Erbe dem Legatar die Bestellung der Servitut bewirken solle, der Eigenthümer des zur Servitut bestimmten Grundstückes sich dazu nicht herbeyläßt, so müßte der Erbe dem Legatar jenen Werth vergüten, um welchen die legirte Sache bey Entbehrung des Servitutsrechtes verliert (§. 558).

6) Der dritte Titel, den der §. anführt, ist der bey der Theilung gemeinschaftlicher Grundstücke erfolgte Rechtsspruch. Der §. 842 enthält nähmlich, in Ansehung der Theilung gemeinschaftlicher Sachen, folgende Bestimmung: „Ein Schiedsmann, oder der Richter entscheidet auch, ob bey der Theilung liegender Gründe oder Gebäude ein Theilgenosse zur Benützung seines Antheiles einer Servitut bedürfe, und unter welcher Bedingung sie ihm zu verwilligen sey. Es ergibt sich also hieraus, daß hier der richterliche Rechtsspruch ganz einen selbstständigen Titel zur Gründung einer Servitut ausmache, und nicht bloß einen schon bestehenden Titel zur formellen juristischen Gewißheit bringe. — Endlich

7) kann auch der Titel zu einer Servitut im Gesetze selbst liegen. Der gegenwärtige §. führt zwar nur die Verjährung als einen solchen gesetzlichen Titel auf; allein es unterliegt keinem Zweifel, daß es auch noch außer der Verjährung durch das Gesetz begründete Servituten gebe. Gewöhnlich sind diese sogenannten gesetzlichen Servituten ein Gegenstand der politischen Gesetzgebung; aber auch in unserem bürgerlichen Gesetzbuche kommen Beyspiele von solchen vor (§§. 757 u. 855). Einiger gesetzlicher Servituten, als Beschränkungen des Eigenthumsrechtes des öffentlichen Wohles wegen, wurde bereits bey Erläuterung des §. 464 Erwähnung gemacht. Die Gesetze der ehemahligen italienischen Regierung vom 20. April 1804, und 20. May 1806, in Beziehung auf die gesetzliche Dienstbarkeit der zwangsmäßigen Wasserleitungen, haben durch Hofkanzleydecret vom 30. Juny 1825 ihre ausdrückliche Bestätigung erhalten. Eben so wurde zur Beförderung der für den Staat so wichtigen Schafzucht angeordnet, daß das Weiderecht oder die Blumensuche auf den Stoppel- und

Brachäckern den Unterthanen und Obrigkeiten auf den unterthänigen und obrigkeitlichen Gründen fortan, wie bisher, also auch nach der Urbarial-Regulirung, promiscue gestattet seyn solle; jedoch verstehe sich von selbst, daß alle jene Gründe, die der Grundbesitzer nicht brach liegen läßt, sondern mit Futterkräutern oder auf eine andere Art bebauet oder benützet, von der Beweidung ausgenommen sind [1]).

§. 481.

Erwerbungsart.

Das dingliche Recht der Dienstbarkeit kann auf unbewegliche Sachen und überhaupt auf solche Gegenstände, die in den öffentlichen Büchern eingetragen sind, nur durch die Eintragung derselben erworben werden; auf andere Sachen aber erlangt man es durch die oben (§§. 426 — 428) angegebenen Arten der Uebergabe.

1) Das Recht der Dienstbarkeit ist zwar schon ein seiner Natur nach dingliches Recht; damit es aber auch als ein solches wirksam werde, ist bey solchen Gegenständen, die in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheinen, der Regel nach die Eintragung derselben erforderlich. Ohne dieser Einverleibung steht dem Berechtigten nur das Recht zu, den Besteller der Servitut zu verhalten, daß er die Ausübung derselben und die Eintragung in die öffentlichen Bücher gestatte. Ich sage, der Regel nach; denn einerseits habe ich bey der Erläuterung des §. 443 nachzuweisen gesucht, daß Servituten, die mit einem Baue in Verbindung stehen, oder überhaupt in die Augen fallen, der Eintragung in die öffentlichen Bücher zu ihrer Wirksamkeit nicht unumgänglich bedürfen, und anderseits ist es ausgemacht, daß die in den politischen Gesetzen gegründeten Servituten die Eintragung nicht nöthig haben.

2) Der Regel nach genießen die in den öffentlichen Büchern früher eingetragenen Lasten das Vorzugsrecht vor denen,

1) Hofdecret vom 27. April 1789. Handbuch der Gesetze Joseph II., 11. B., S. 11.

welche später eingetragen werden. Die Folge davon ist, daß sie, im Falle eines über das Vermögen desjenigen, der die mit diesen Lasten behaftete Sache als Eigenthum besitzt, ausgebrochenen Concurses, ordentlich angemeldet, liquidirt und classificirt werden. Die Servitutslasten machen aber hievon eine Ausnahme, da sie, nach Hofdecret vom 19. July 1792 [1]), zwar angemeldet und liquidirt werden müssen, aber keiner Classification unterliegen, sondern bloß in den Grundinventarien und respectiven Abschätzungen angemerkt werden. Da Servituten die Eigenthumsrechte einschränken, so können sie allerdings zum Nachtheile der früher intabulirten Gläubiger gereichen; diesen stehet somit kein anderes Recht zu, als in dem Falle, da die verhypothecirte Sache dergestalt mit Servituten belastet würde, daß keine gesetzmäßige Sicherheit mehr für ihre Forderungen erübrigte (§. 1374), von dem Pfandgeber ein anderes angemessenes Pfand zu fordern, oder in so fern der Pfandgeber dieses zu leisten nicht vermöchte, sogleich die ganze Forderung einzutreiben (§. 458). Gerathen aber die intabulirten Servituten selbst unter sich in eine solche Collision, daß sie mit einander nicht bestehen können, so muß die später eingetragene der früheren weichen.

3) Ist der Gegenstand der Servitut eine bewegliche Sache, was nur bey persönlichen Servituten der Fall seyn kann (§§. 504 — 510), so kommen überhaupt die in ähnlichen Fällen zugelassenen Uebergabsarten (§§. 426 — 428), und weil die Ausübung persönlicher Servituten den wirklichen Besitz verlangt (§§. 504 — 521), hauptsächlich die natürliche oder körperliche Uebergabe zur Anwendung.

§. 482.

Rechtsverhältniß bey Dienstbarkeiten.

Alle Servituten kommen darin überein, daß der Besitzer der dienstbaren Sache in der Regel nicht verbunden ist, etwas zu thun, sondern nur einem Anderen die Ausübung eines Rechtes zu

1) J. G. S. Nr. 33.

gestatten, oder das zu unterlassen, was er als Eigenthümer sonst zu thun berechtiget wäre.

1) Es ist eine wesentliche, allen Servituten ohne Unterschied gemeinschaftlich zukommende Eigenschaft, daß der Eigenthümer der dienstbaren Sache nur dazu verbunden sey, sich Einschränkungen in Ausübung seines Eigenthumsrechtes gefallen lassen zu müssen, daß er aber in der Eigenschaft als Servitutsverpflichteter zur Unternehmung einer positiven Handlung nicht gehalten sey, oder, wie sich die Lehrer des römischen Rechtes ausdrücken, daß keine Servitut in faciendo bestehe.

2) Es gibt zwar allerdings Fälle, wo mit dem Besitze eines unbeweglichen Gutes gewisse Verbindlichkeiten, zum Vortheile eines andern Gutes etwas zu leisten, in Verbindung gesetzt sind So z. B. kann auf dem Hause des A die Schuldigkeit haften, den Garten des Hausbesitzers B einzäunen zu lassen. Eine solche auf irgend einer Realität haftende Verbindlichkeit hat zwar allerdings einige Aehnlichkeit mit Servituten, und wird im gemeinen Leben, nicht selten auch von Gesetzkundigen, mit dem Nahmen „Servitut" bezeichnet. — Allein im eigentlichen und wahren Sinne des Wortes ist dieses Rechtsverhältniß doch keine eigentlich wahre Servitut, sondern kann höchstens unter die unregelmäßigen und Scheinservituten gerechnet werden. Die Entstehung solcher Scheinservituten geschieht auf folgende Art. Wir haben schon oben gehört, daß nach österreichischem Rechte persönliche Befugnisse und Verbindlichkeiten dadurch zu dinglichen umstaltet werden, wenn selbe in die öffentlichen Bücher eingetragen werden. Wenn daher der Hausbesitzer A sich gegen den Hausbesitzer B verbindlich macht, den Garten des letzteren, so oft es die Nothwendigkeit erheischt, einzäunen zu lassen, so erlangt der B dadurch nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den A, folglich keine Servitut, welche nicht ein bloß persönliches, sondern seiner Natur nach dingliches Recht begründet. Läßt aber der A diese übernommene Verbindlichkeit auf sein Haus intabuliren, so erwächst das anfänglich bloß persönliche Recht des B in ein dingliches, gegen jeden Besitzer des Hauses A wirk

sames Recht, und in so fern erhält es eine, den Dienstbarkeiten gleichfalls zustehende Eigenschaft.

3) Eine besondere Aehnlichkeit mit Servituten haben besonders Frohndienste und Banngerechtigkeiten. Beyde sind, nach österreichischem Rechte, Gegenstände der politischen Gesetzgebung. Letztere sind bey uns in Oesterreich fast durchgehends abgestellt. Erstere haben in so weit eine Aehnlichkeit mit Servituten, daß die Verpflichtung hierzu mit dem Besitze eines Grundstückes verbunden ist, und daß die Leistung der Frohndienste zum Vortheile eines anderen Grundstückes geschieht. Allein sie unterscheiden sich eben von Servituten darin, daß dadurch die Rechte des zu Frohndiensten Verpflichteten auf sein Eigenthum unbeschränkt bleiben; letztere gleichen den Servituten darin, daß sie gemeiniglich einem Grundstücke zukommen, und die Besitzer anderer Grundstücke in der freyen Ausübung ihrer Rechte beschränken. Sie sind aber doch ebenfalls sehr wesentlich von den Servituten verschieden, weil sie nicht sowohl die Rechte des Eigenthums, als vielmehr das Recht zu natürlich freyen Handlungen schmälern, und nicht in der Verpflichtung zu einer Duldung oder Gestattung, sondern zu einer Handlung bestehen.

§. 483.

Daher muß auch der Aufwand zur Erhaltung und Herstellung der Sache, welche zur Dienstbarkeit bestimmt ist, in der Regel von dem Berechtigten getragen werden. Wenn aber diese Sache auch von dem Verpflichteten benützt wird, so muß er verhältnißmäßig zu dem Aufwande beytragen, und nur durch die Abtretung derselben an den Berechtigten kann er sich, auch ohne dessen Beystimmung, von dem Beytrage befreyen.

1) Der erste Theil dieser Vorschrift ist ein Folgesatz des vorher (§. 482) aufgestellten Grundsatzes. Zur mehreren Verdeutlichung fügt Herr Hofrath v. Zeiller hier die Bemerkung an, daß das dem Berechtigten eingeräumte Befugniß sammt

der zur Ausübung bestimmten Anlage als dessen Eigenthum zu betrachten sey (§§. 353 u. 480), und der Eigenthümer nicht fordern könne, daß der bloß auf sein Eigenthum oder den Gebrauch seines eigenthümlichen Rechtes zu machende Aufwand von einem Anderen getragen werden soll.

2) Aus dieser gesetzlichen Bestimmung geht aber zugleich die Verbindlichkeit des Eigenthümers des dienenden Grundstückes hervor, zu gestatten, daß der Servitutsberechtigte die dienstbare Sache, welche in der Art verschlimmert worden ist, daß die Servitut dem Zwecke der Bestellung gemäß nicht mehr ausgeübt werden kann, auf seine Kosten herstellen lasse. Ist daher z. B. die Weide durch das ausgetretene Wasser mit Sand und Steinen überschüttet worden, so kann der Eigenthümer derselben denjenigen, dem der Genuß des Weiderechtes zusteht, nicht hindern, die Wiese von Sand und Steinen wieder zu reinigen, und sie für seinen Genuß wieder brauchbar herzustellen. Stürzt bey bestellter Dienstbarkeit der Balkeneinlassung die dienende Mauer ein, so ist der Eigenthümer des herrschenden Grundes berechtiget, selbe wieder aufbauen zu lassen; jedoch muß sich dieser darauf beschränken, den alten Stand wieder herzustellen, und darf nichts unternehmen, wodurch dem Verpflichteten die Servitut fürs Künftige lästiger fiele, als sie ihm ehevor gewesen war.

3) Wird aber die dienstbare Sache von dem Berechtigten auf seine Kosten hergestellt, so kann er, in so fern sie auch von dem Verpflichteten benützt wird, fordern, daß ihm derselbe verhältnißmäßig die Kosten ersetze, und er kann ihn, bis der Ersatz erfolgt, von der Mitbenützung, in so fern dieses nach der Natur der Sache möglich ist, ausschließen. Hat daher z. B. der Servitutsberechtigte die zur Weide bestimmte Wiese von dem Schlamme und den Steinen reinigen lassen, so hat er das Recht, den Eigenthümer des Weidegrundes in so lange von der Mitbenützung der Weide auszuschließen, als er ihm die ihn treffenden Kosten nicht vergütet hat. Denn der Grundeigenthümer kann das Recht, auf der dienstbaren Wiese sein Vieh weiden zu lassen, nur in Folge des ihm zustehenden Eigenthumsrechtes ansprechen; er kann sich aber, zu Folge der Anordnung

des gegenwärtigen §., nur gegen Abtretung der dienstbaren Sache von der Verbindlichkeit, einen Beytrag zu leisten, befreyen; daraus folgt, daß er auf die dienstbare Sache kein Eigenthumsrecht ausüben könne, wenn er die ihn treffenden Kosten der Herstellung nicht berichtiget. Es fragt sich hier, ob der Servitutsinhaber nicht das Recht habe, den Grundeigenthümer zu verhalten, daß er ihm einen verhältnißmäßigen Antheil der Kosten bezahle, oder ihm das dienstbare Grundstück als Eigenthum überlasse? — Die Anordnung des gegenwärtigen §., daß sich der Servitutsverpflichtete nur durch die Abtretung der dienstbaren Sache von der Verbindlichkeit, einen Beytrag zu leisten, befreyen könne, scheinet der bejahenden Beantwortung der obigen Frage das Wort zu sprechen. Indessen steht derselben offenbar entgegen, daß der gegenwärtige §. den Verpflichteten nur in so fern zu einer Beytragsleistung verpflichtet, als die Sache auch von ihm benützt wird; geschieht keine Benützung, so mangelt die Bedingung, unter welcher dem Servitutsberechtigten das Befugniß eingeräumt ist, von dem Verpflichteten einen Kostenersatz zu fordern. Der erstere wird sohin nur in dem Falle das Recht haben, den Ersatz oder die Abtretung des Grundstückes zu verlangen, wenn er den Grundeigenthümer von dem Genusse der Weide nicht ausschließt, und derselbe auch wirklich hiervon Gebrauch macht.

4) Hat der Grundeigenthümer die dienstbare Sache auf seine Kosten in der Art herstellen lassen, daß die Servitut an selber wieder ausgeübt werden kann, so ist zwar der Servitutsinhaber ohne Zweifel berechtiget, sein Servitutsrecht an selber wieder in Ausübung zu bringen, jedoch nur dann, wenn er dem Grundeigenthümer den ihn treffenden Kostenbetrag vergütet. Denn die bisher gehemmte Dienstbarkeit kann nur unter der Bedingung in Wirksamkeit treten, wenn der Servitutsinhaber auch von seiner Seite der Verbindlichkeit nachkömmt, zu dem Aufwande verhältnißmäßig beyzutragen. Diese Behauptung wird durch den §. 1052 vollkommen gerechtfertiget, welche anordnet, daß derjenige, der auf die Uebergabe dringen will, seine Verbindlichkeit erfüllt haben, oder sie zu erfüllen bereit seyn müsse.

Der §. 471 steht dieser Behauptung nicht entgegen, denn dieser setzt, wie bey Erläuterung desselben bemerkt worden ist, offenbar voraus, daß bereits eine Forderung existire, um deren Willen eine Sache zurückbehalten werden soll. Dieses ist aber hier der Fall nicht. Der Grundeigenthümer macht den Aufwand bloß zu seinem Besten und nicht zum Vortheile des Servitutsberechtigten. Letzterer kann, wenn er auf die Ausübung des Servitutsrechtes Verzicht leistet, nicht gehalten werden, einen Beytrag zu leisten. Es ist daher dem Grundeigenthümer dadurch, daß er den Aufwand zur Herstellung der Sache gemacht hat, noch kein Forderungsrecht an den Servitutsberechtigten erwachsen, um dessen Willen er ihm die Sache zurückhalten, und ihn von dem Genusse der Servitut ausschließen solle, sondern dieses Forderungsrecht entsteht nur dann für ihn, wenn der Servitutsberechtigte wirklich in den Genuß der Dienstbarkeit eintritt. Anders würde sich aber die Sache gestalten, wenn der Servitutsberechtigte den Grundeigenthümer ersucht hätte, die Herstellung einstweilen in seinem Nahmen zu besorgen, und letzterer diesem Ansuchen entsprochen hätte. Denn hier besteht bereits eine Forderung gegen den Servitutsinhaber; letzterer kann sich derselben unter dem Vorwande, sein Servitutsrecht nicht mehr ausüben zu wollen, nicht entschlagen, und somit kann auch der Grundeigenthümer kein Retentionsrecht ausüben.

5) Wie sind aber die Herstellungskosten unter dem Grundeigenthümer und dem Servitutsinhaber zu bemessen? Nach dem Verhältnisse des Nutzens, den jeder derselben aus der Herstellung beziehet. Denn beyde befinden sich, in Hinsicht des Benützungsrechtes, in einer Gemeinschaft (§. 802); im Falle einer solchen sind aber die Lasten immer nach dem Verhältnisse der Antheile auszumessen. Wie hoch aber der Antheil des Einen oder des Anderen an dem Benützungsrechte anzuschlagen sey, wird nur durch Sachverständige beurtheilt werden können. Im Zweifel wird jeder Antheil gleich groß angesehen; wer das Gegentheil behauptet, muß es erweisen (§. 839).

6) Dingliche Servituten erfordern zu ihrer Ausübung entweder ein von Menschenhänden verfertigtes Werk, oder es ist

ein solches nicht nöthig. In jenem Falle nennen sie die in der römischen Schule gebildeten Juristen qualificirte, in diesem hingegen nicht qualificirte Servituten. Zu den Servituten der ersten Art rechnen sie z. B. die servitus oneris ferendi, servitus tigni immitendi, servitus aquae ductus u. a. m. Zu den Servituten der anderen Art die servitus actus, viae, pascendi u. s. w. Bey jenen entstand die Rechtsfrage: wer zur Ausbesserung des Werkes verpflichtet sey, die zur Ausübung der Servitut erfordert wird? welche Frage von den Rechtsgelehrten verschieden beantwortet wird. In Bezug auf das österreichische Recht glaube ich unterscheiden zu müssen, ob das zur Ausübung der Dienstbarkeit nöthige Werk selbst einen Theil des dienstbaren Gutes ausmache oder nicht. Das erste ist z. B. bey der servitus oneris ferendi, dann der tigni immitendi, das letztere bey der servitus aquae ductus der Fall. Bey den qualificirten Servituten der ersteren Gattung gilt das nähmliche, was in diesem §. in Hinsicht der Erhaltung und Herstellung der dienstbaren Sache selbst angeordnet ist, bey letzteren hingegen muß eben aus dem Grundsatze, daß keine Servitut in faciendo besteht, behauptet werden, daß die Erhaltung und Herstellung eines solchen Werkes lediglich dem Eigenthümer des herrschenden Gutes obliege. Wird in dem Vertrage, worin die Dienstbarkeit bestellt wird, ausdrücklich bedungen, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes verpflichtet sey, diese Erhaltung und Herstellung zu besorgen, so ist derselbe aus dem Vertrage, in so fern er ihn selbst geschlossen, oder demjenigen, der ihn geschlossen hat, und dem er als Erbe nachgefolgt ist, allerdings hierzu verpflichtet, als Singularnachfolger aber nur dann, wenn der Vertrag in den öffentlichen Büchern eingetragen worden ist.

§. 484.

Der Besitzer des herrschenden Gutes kann zwar sein Recht auf die ihm gefällige Art ausüben; doch dürfen Servituten nicht erweitert, sie müssen vielmehr, in so weit es ihre Natur und der

Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden.

1) Jedes Recht kann als eine Sache, und jeder, dem das Recht zusteht, als Eigenthümer desselben angesehen werden (§. 353). Nun ist aber jeder Eigenthümer befugt, über die ihm eigenthümliche Sache ganz nach Willkühr zu schalten (§. 362), sohin kann auch jeder Berechtigte sein Recht vollständig und nach seinem Belieben ausüben. Das, was von allen Rechten überhaupt gilt, gilt auch von dem Servitutsrechte insbesondere. Wie weit der Umfang des Rechtes reiche, muß, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat, theils aus den ausdrücklichen Worten der Bestellung (§. 315), theils aus dem, mittelst echten Auslegungsregeln zu erforschenden Sinne, mithin zugleich aus dem Begriffe einer bestimmten Art der Dienstbarkeit und dem Zwecke derselben entnommen werden. Der Verpflichtete darf also keine Handlung unternehmen, welche die Ausübung der Dienstbarkeit vereiteln, hindern oder auch nur erschweren könnte. Insbesondere darf er keinen solchen Bau vornehmen (§. 340 — 342). Er muß dem Berechtigten die zum Genusse seines Rechtes nothwendigen Mittel, insonderheit die nöthigen Anlagen und Reparaturen verstatten, und kann, wenn aus dem bloßen innerhalb der rechtlichen Schranken ausgeübten Gebrauche des Servitutsrechtes ein Schade entsteht, von dem Servitutsinhaber keinen Schadenersatz ansprechen.

2) Allein der Gebrauch des Rechtes darf in keinen Mißbrauch ausarten, und daher dem Eigenthumsrechte des Verpflichteten nicht zu nahe treten. Im Zweifel streitet die Vermuthung für die Freyheit des Eigenthumes (§. 354). Die Verträge, wodurch Servituten constituirt werden, sind daher immer strenge auszulegen, und es ist hier anzunehmen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere, als die schwerere Last auflegen wollte, in so fern nur der Zweck der Bestellung der Servitut dadurch nicht vereitelt wird. Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt in seiner Abhandlung über die Principien des österreichischen allgemeinen

bürgerlichen Gesetzbuches [1]) recht treffend, daß die meisten Servituten, wofern sie nicht im strengen, sondern in einem ausgedehnteren Sinne der Verleihung verstanden werden, dem Verpflichteten eine weit größere Last aufbürden können, als er sich wahrscheinlicher Weise auflegen wollte, und daß sie der landwirthschaftlichen Cultur, für welche der Staat Sorge zu tragen hat, sehr nachtheilig werden können. Einige derselben, wie z. B. die persönlichen, entziehen dem Eigenthümer des Gutes alle, oder doch den größeren Theil der Nutzungen, und können, wenn sie durch lange Zeit bestehen, denselben ganz muthlos machen, sein Grundstück im guten Stande zu erhalten und zu cultiviren.

3) In Berücksichtigung der für die thunlichste Einschränkung der Servituten streitenden Gründe ordnet der gegenwärtige §. nicht nur allein ein strenges Verfahren bey Auslegung jener Verträge, oder letzten Willensanordnungen, in welchen Servituten bestellt werden, an, sondern verordnet zugleich, daß sie, in so fern es die Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden können. Wenn daher die Servitut mit gleichem Vortheile für den Berechtigten auf mehrfache Art und Weise ausgeübt werden kann, so ist der Verpflichtete berechtigt zu fordern, daß der Servitutsinhaber die für ihn, Grundeigenthümer, unschädlichste Art der Ausübung wähle, gesetzt auch, daß in der Bestellungsurkunde eine andere Art der Ausübung festgesetzt wäre. Diese Behauptung stimmt auch ganz mit den Grundsätzen überein, welche bey Erläuterung des §. 472 entwickelt worden sind. Denn dort wurde nachzuweisen versucht, daß die Bestellung einer Servitut, welche für den Berechtigten gar keinen Vortheil gewährt, ganz ungültig sey, und sohin derjenige, dem dieses Servitutsrecht von dem Eigenthümer eingeräumt wurde, die Ausübung desselben nicht rechtlich fordern könne. Aus dieser aufgestellten Behauptung folgt auch ganz consequent, daß der Servitutsberechtigte die Ausübung der Servitut nach der in der Bestellungsurkunde festgesetzten Art nicht recht-

1) In Pratobevera's Materialien 2. B., S. 190 — 191.

lich fordern könne, wenn ihm der Eigenthümer eine dem Zwecke der Bestellung gleich entsprechende andere Art der Benützung anbiethet.

4) Aus den bisherigen Erörterungen ist ersichtlich, daß sich bey Dienstbarkeiten immer der Zweck der Bestellung derselben vor Augen gehalten werden muß. Manchmahl ist die Absicht der Bestellung in der Bestellungsurkunde selbst ausgedrückt; doch geschieht dieses nicht immer, und es muß dann die Absicht der Bestellung nach echten Auslegungsregeln aus dem Gegenstande und der Natur des Geschäftes, aus der Beschaffenheit der Umstände, dann auch aus solchen Handlungen gefolgert werden, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, an der bestimmten Absicht zu zweifeln, übrig lassen. Besonders ist hier die Natur der Servituten vor Augen zu halten. — Wer sich z. B. als Eigenthümer eines benachbarten Gutes eine aus den in den §§. 475 — 477 aufgeführten Servituten bedingt, von dem muß angenommen werden, daß er dabey lediglich die Absicht habe, dadurch dem dienenden Grundstücke allein, nicht sich selbst, einen aus seinen persönlichen Verhältnissen, Eigenschaften und Neigungen hervorgehenden Vortheil zu verschaffen. Setzen wir z. B. den Fall, der Besitzer des Landgutes A habe sich von seinem Nachbar B das Recht, einen Fußsteig über dessen Wiese, woran ein dem ersteren angehöriger Acker gränzet, zu welchem er sonst nur auf einem Umwege gelangen kann, ausbedungen, und der B habe ihm dieses Recht auch eingeräumt. Damahls bestand nur ein einziger Fußsteig, welcher zugleich einen angenehmen Spatziergang gewährte. In der Folge will der Eigenthümer des Landgutes A diesen bisher bestandenen Fußsteig zu etwas Anderem benützen, und weiset dagegen dem B einen näheren und eben so wenig beschwerlichen Fußsteig an, der aber eine gleiche Annehmlichkeit nicht gewähret. Kann sich nun der Servitutsberechtigte dieser Verfügung des Grundeigenthümers entgegensetzen, indem er behauptet, er habe bey Bestellung dieser Dienstbarkeit zugleich auf die Annehmlichkeiten des Fußsteiges Rücksicht genommen, und sich diese Dienstbarkeit hauptsächlich wegen der Annehmlichkeit desselben ausbedungen? Keines-

wegs; denn war dieses wirklich der Zweck der Bestellung der Servitut, so hätte er von diesem in der Bestellungsurkunde eine ausdrückliche Meldung machen sollen, und außer diesem war der Landgutsbesitzer B berechtigt, anzunehmen, daß A bey der Bestellung nur den Vortheil seines Landgutes, nicht auch die Beförderung seines persönlichen Vergnügens zur Absicht gehabt habe. Hierin unterscheidet sich nun das Servitutsrecht, welches in gewisser Beziehung auch ein Eigenthumsrecht ist, von dem Eigenthumsrechte im strengeren Sinne des Wortes, daß letzteres die Befugniß ist, mit der eigenthümlichen Sache ganz nach Belieben zu schalten, und selbe auch zu vertilgen, wenn auch daraus Nachtheile für Andere hervorgehen sollten (§. 1305). Der Servitutsberechtigte darf aber sein Recht nicht auf eine solche Art ausüben, welche ihm keinen Vortheil, dem Eigenthümer aber Nachtheil gewähret. Diese Beschränkung erklärt sich aus dem, was Nr. 2 gesagt worden ist.

§. 485.

Keine Servitut läßt sich eigenmächtig von der dienstbaren Sache absondern, noch auf eine andere Sache oder Person übertragen. Auch wird jede Servitut in so fern für untheilbar gehalten, als das auf dem Grundstücke haftende Recht durch Vergrößerung, Verkleinerung oder Zerstückung desselben weder verändert noch getheilt werden kann.

1) Dienstbarkeiten können weder von Seite des Berechtigten, noch der des Verpflichteten auf andere Personen übertragen werden. Nicht von Seite des Berechtigten, weil Grunddienstbarkeiten, als Rechte betrachtet, dem bestimmten herrschenden Gute ankleben, und nur zu dessen Vortheile und Nutzen, die persönlichen aber in Hinsicht auf das Bedürfniß des Berechtigten bestellt werden; nicht von Seite des Verpflichteten, weil es dem Berechtigten nicht gleichgültig seyn kann, über welche Sache er sein Recht ausüben könne. Ueberhaupt liegt es in

der Natur der Sache, daß der Verpflichtete sich von seinen Verbindlichkeiten dadurch nicht losmachen könne, daß er dieselben, ohne Zustimmung des Berechtigten, auf einen Anderen überträgt. Selbst das Uebereinkommen der Parteyen könnte, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, ohne Eintragung in das öffentliche Buch, in dem dinglichen Rechte keine Aenderung bewirken. Hätte daher z. B. der Grundbesitzer A dem Grundbesitzer B das Recht eingeräumt, aus seinem Brunnen Wasser zu schöpfen, und wäre dabey ausdrücklich bedungen worden, daß B dieses Recht auch auf einen anderen Grundbesitzer übertragen könne, dieses Recht des B wäre aber nicht ausdrücklich als eine Last auf dem Gute des A einverleibt worden, so müßte er sich wohl, der Gutsbesitzer A, der dem B dieses Recht eingeräumt hat, eine solche Uebertragung gefallen lassen, sein Particular-Nachfolger aber hätte keine Verbindlichkeit mehr, diesem Dritten die Ausübung der Servitut zu gestatten.

2) Die Befugniß des Berechtigten belastet, wenn keine Beschränkung auf einen bestimmten Theil geschehen ist, das ganze dienstbare Gut, und ist eine besondere Beschränkung geschehen, wenigstens diesen Theil. Was immer für eine Veränderung mit dem dienstbaren Gute vorgeht, kann den Rechten des herrschenden Gutes keinen Eintrag thun. Wird daher ein Theil von dem dienstbaren Gute losgemacht, und an eine andere Person übertragen, so kann diese Uebertragung nur mit der darauf haftenden Dienstbarkeit geschehen. — Nur wenn der Zweck der Bestellung der Servitut dadurch vollkommen erreicht wird, wenn sich die Ausübung derselben auch nur auf den übrig bleibenden Theil beschränket, scheint sich nach dem, was bey Erläuterung des vorigen §. gesagt worden ist, der Servitutsberechtigte die beschränkte Ausübung gefallen lassen zu müssen, das Recht selbst aber kann ihm nicht entzogen werden. Setzen wir z. B.: der Gutsbesitzer A habe dem Besitzer B das Recht eingeräumet, Wasser aus seinen beyden Brunnen schöpfen zu dürfen. Nun tritt A jenen Theil seines Grundstückes, auf welchem sich der eine Brunnen befindet, an C ab, und in dem Abtretungsvertrage wird ausgemacht, daß A die bestehende Ser-

vitut des Wasserschöpfens allein auf sich nehmen solle. — In diesem Falle wird der B, vorausgesetzt, daß ihm der bey dem Gute A verbliebene Brunnen eben so gelegen ist, wie der andere Brunnen, allerdings gehalten werden können, die Ausübung der Servitut des Wasserschöpfens auf diesen zu beschränken; es kann ihm aber eigenmächtig das Recht nicht entzogen werden, für den Fall, als bey dem ihm nunmehr angewiesenen Brunnen Wassermangel eintreten sollte, den anderen Brunnen zu benützen. — Was von dem ganzen dienstbaren Gute für den Fall gilt, als die Belastung nicht ausdrücklich auf einen Theil desselben eingeschränkt worden ist, gilt auch von dem Theile, auf welchen die Dienstbarkeit bestellt worden ist, in wie ferne dieser selbst wieder in mehrere untergeordnete Theile zerstückt werden sollte.

3) Das Recht der Dienstbarkeit ist aber auch mit dem ganzen herrschenden Gute verknüpft (§. 473 Nr. 1). Mit dem herrschenden Grundstücke können aber folgende Veränderungen vorgehen: es kann dasselbe vergrößert, durch Hintangebung einiger Theile verkleinert, oder mehreren Personen als ein gemeinschaftliches Eigenthum zufallen. — Im ersteren Falle wird auch gewöhnlich das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes vermehrt, und dadurch kann auch in manchen Fällen die Servitut lästiger werden. Da nun bey der Bestellung der Servitut auf die Bedürfnisse des herrschenden Grundstückes in dem Maße, als sie dortmahls bestanden, Bedacht genommen worden ist, so hat der Servitutsberechtigte bey Vergrößerung seines Grundstückes entweder mit dem Eigenthümer des dienstbaren Grundes ein neues Uebereinkommen zu treffen, oder er muß sich bey Ausübung der Dienstbarkeit auf das alte Ausmaß beschränken. — Wird das herrschende Grundstück durch Hintangebung einzelner Theile verkleinert, so wird dadurch das Bedürfniß desselben veringert, und dadurch, in so fern die Servitut auf das Bedürfniß des herrschenden Gutes bemessen ist, wie z. B. bey dem Rechte der Wasserleitung, die Servitutslast auch erleichtert. Denn die Servitut ist untheilbar, und kann sohin mit demjenigen Grundantheile, welcher an einen Anderen übergeben worden ist,

nicht auch zugleich ein Theil der Servitut abgetreten werden. Fällt dagegen das herrschende Grundstück mehreren Personen als Eigenthum zu, so kann jede derselben das Servitutsrecht ausüben, jedoch in einem solchen Maße, daß dasselbe dadurch dem Verpflichteten nicht lästiger werde, als es demselben früher gewesen ist.

§. 486.

Ein Grundstück kann mehreren Personen zugleich dienstbar seyn, wenn anders die älteren Rechte eines Dritten nicht darunter leiden.

1) Durch Bestellung einer Dienstbarkeit wird, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, die Freyheit des Eigenthums zwar beschränkt, aber nicht aufgehoben; und obschon das Recht der Dienstbarkeit, der Idee nach, auf dem ganzen dienstbaren Grunde ruhet (§. 485), so afficirt es doch, nach der Beschaffenheit der Servitut, dem Maße des Bedürfnisses, und dem Zwecke der Bestellung, meistentheils nur einen Theil des dienstbaren Grundstückes. Dem Eigenthümer bleibt also frey, auch noch Einem, oder mehreren Anderen, nicht nur eine ungleichartige, sondern auch eine gleichartige Dienstbarkeit zu bewilligen. — Bey bloß verneinenden Servituten kann dieses gar nie einem Anstande unterliegen, denn eine bloße Unterlassung kann einer beliebigen Anzahl zugesichert werden, ohne dadurch das Recht des Einen oder des Anderen im mindesten zu verkürzen. Die Verleihung von verneinenden Servituten ist daher ganz unbeschränkt; die Verleihung von bejahenden dagegen ist zwar für jeden Fall beschränkt, es können allerdings Fälle eintreten, wo bey bereits bestehenden Dienstbarkeiten die Einräumung einer neuen dem früher Berechtigten zum Nachtheil gereichte. Doch ist dieses nicht immer der Fall, und es ist daher dem Eigenthümer der Regel nach gestattet, mehreren Personen entweder lediglich zu ihrem persönlichen Vortheile, oder auch zum Nutzen des Grundstückes, das sie besitzen, eine Servitut einzuräumen.

2) Sollte aber durch die Constituirung der neuen Servitut ein älterer Servitutsinhaber in seinen Rechten gekränkt wer-

den, so kann er sein Recht, in so fern die Servitut in dem öffentlichen Buche eingetragen, und dadurch als ein dingliches Recht auch wirksam geworden ist, gegen jeden Dritten geltend machen, und ihn von dem Genusse der Servitut in so weit ausschließen, als er dadurch in seinem eigenen Rechte verkürzet würde. — Dabey ist lediglich zu bemerken, daß es wenigeren Schwierigkeiten unterliegt, mehreren Personen Grunddienstbarkeiten von gleicher Gattung als persönliche Servituten zu verleihen, indem letztere, wie deren Erörterung zeigen wird, nicht leicht nebeneinander bestehen können.

§. 487.

Anwendung auf die Grunddienstbarkeiten; insbesondere auf das Recht, eine Last, einen Balken auf fremdem Gebäude zu haben, oder den Rauch durchzuführen.

Nach den hier aufgestellten Grundsätzen sind die Rechtsverhältnisse bey den besonderen Arten der Servituten zu bestimmen. Wer also die Last des benachbarten Gebäudes zu tragen, die Einfügung des fremden Balkens an seiner Wand, oder den Durchzug des fremden Rauches in seinem Schornsteine zu dulden hat, der muß verhältnißmäßig zur Erhaltung der dazu bestimmten Mauer, Säule, Wand oder des Schornsteines beytragen. Es kann ihm aber nicht zugemuthet werden, daß er das herrschende Gut unterstützen oder den Schornstein des Nachbars ausbessern lasse.

1) In dem gegenwärtigen §. werden die oben aufgestellten Grundsätze auf die verschiedenen einzelnen Arten der Dienstbarkeiten angewendet. Ich glaube, daß es zur Verdeutlichung beytragen wird, wenn hier die Erörterung der aus den einzelnen Servituten hervorgehenden Rechtsverhältnisse, mit Vergleichung der dießfalls nach dem römischen Rechte geltenden Bestimmungen, vorgenommen wird.

2) Die servitus oneris ferendi bestand bey den Römern in dem Rechte, die Last seines Gebäudes auf der Wand, oder Mauer, oder Säule, oder dem Gewölbe des Nachbars ruhen zu lassen. — In Ansehung derselben wird von römischen Rechtsgelehrten als eine Sonderbarkeit bemerkt, daß jeder Eigenthümer des damit belasteten Gebäudes das Gemäuer, worauf das Gebäude des Berechtigten ruht, unterhalten und repariren lassen müsse, wenn es bey Errichtung der Servitut ausbedungen worden ist. Wird in Oesterreich diese Verbindlichkeit des Eigenthümers des dienenden Gutes bey Bestellung der Dienstbarkeit ausbedungen, so wird zu unterscheiden seyn, ob diese Verbindlichkeit auch in dem öffentlichen Buche eingetragen wird oder nicht. Im ersten Falle wird jeder Eigenthümer des dienenden Grundstückes aus dem Vertrage, welcher durch seine Eintragung in das öffentliche Buch ein dingliches Recht für den Besitzer des herrschenden Grundstückes gegründet hat, zu dieser Herstellung verpflichtet werden; im zweyten aber wird der letztere auf die, auf Kosten des Servitutsverpflichteten zu bewirkende Herstellung nur in so lange dringen können, als sich das dienende Gut noch im Besitze desjenigen, der sich zu dieser Herstellung verbindlich gemacht hat, oder seiner Erben befindet. — Außer diesem Falle eines besonderen Uebereinkommens aber kann weder der Servitutsberechtigte den Eigenthümer des herrschenden Gutes, noch dieser jenen zur Reparirung der zur Servitut bestimmten Mauer oder Säule verhalten, sondern derjenige, dem an der Erhaltung gelegen ist, hat die Ausbesserung zu besorgen; er kann aber hierzu von dem andern Theile einen verhältnißmäßigen Beytrag fordern. Jedoch kann der Eigenthümer des dienenden Gutes, wenn er die Herstellung besorgt hat, von dem Eigenthümer des herrschenden Gutes nur dann einen Beytrag fordern, wenn derselbe in der Ausübung des Servitutsrechtes fortfährt, und ersterer kann sich von seiner Verbindlichkeit durch Abtretung der Mauer oder der Säule an letzteren befreyen (§. 483). Stürzt die Mauer oder die Säule ein, welche zur Unterstützung des fremden Gebäudes diente, und der Eigenthümer läßt sich nicht herbey, die Mauer in alten Stand herzustellen, so hat der

Servitutseigenthümer das Recht, die eingestürzten Baumaterialien zur Herstellung einer neuen Mauer zu verwenden, und er wird daher, in so fern sich der Eigenthümer zu einem verhältnißmäßigen Beytrage nicht herbeyläßt, Eigenthümer dieser Mauer sowohl, als des Platzes werden, worauf sich diese Mauer befindet. Daß der Servitutsberechtigte die Materialien der eingestürzten Mauer zum Behufe der Herstellung derselben sich zueignen dürfe, gehet aus der Anordnung des §. 483 hervor, welcher ausspricht, daß sich der Verpflichtete von einer Beytragsleistung nur durch die Abtretung der zur Dienstbarkeit bestimmten Sache befreyen könne; wenn sich daher der Eigenthümer erklärt, keinen Beytrag leisten zu wollen, so verzichtet er ipso facto auf das Eigenthum der Mauer, und sohin auch auf die auf dem Bauplatze liegenden, von der dienstbaren Mauer herrührenden Baumaterialien, da sie noch ein Zugehör der Mauer ausmachen (§. 294). Der Bauführer ist auch für die Ueberlassung der Mauer dem Grundeigenthümer zu keiner Schadloshaltung verbunden. Daß der Bauführer aber zugleich auch das Eigenthum des Platzes erwerbe, gehet daraus hervor, daß die §§. 417 — 419 deutlich den Grundsatz aussprechen, daß sich das Eigenthum des Grundes von dem Eigenthume des darauf stehenden Gebäudes nicht sondern lasse; wenn daher das Gesetz, wie hier der Fall ist, dem Bauführer ausdrücklich das Eigenthum des Gebäudes zuspricht, so versteht es sich von selbst, daß hierunter auch der Grund und Boden, worauf dasselbe ruhet, verstanden werden müsse [1]). Wenn jedoch behauptet wird, daß dem Bauführer die ganze Mauer nebst dem ganzen Grundstücke, auf dem sie erbauet war, zufalle, so wird dabey vorausgesetzt, daß derselbe sich, Kraft des Rechtes der Dienstbarkeit, im Besitze der ganzen Mauer befunden habe. Außer diesem Falle muß darauf gesehen werden, in wie fern er sich im Besitze der Mauer befunden habe; nur müßte ihm für den Fall, als jener Theil der Mauer, welcher dem herrschenden Gute zur Stütze diente, zur Tragung der Last zu schwach wäre, von dem übri-

1) Siehe Schusters Baurecht, S. 187 — 190.

gen Theile noch so viel zugewiesen werden, als die Natur und der Zweck der Dienstbarkeit fordert [1]).

3) Die Dienstbarkeit des Balken- oder des Tramrechtes (servitus tigni immitendi) ist ein Recht, welches dem Eigenthümer eines Gebäudes zusteht, die Balken oder Sparren desselben in eine fremde Wand einzuschieben, und darin ruhen zu lassen. Gegenstände der Einfügung sind, nach dem §. 475, Balken und Sparren. Dadurch sind jedoch keineswegs andere Baumaterialien, wie z. B. längliche Steine, eiserne Stangen u. s. w. ausgeschlossen. Sie ist gewöhnlich eine Haus-, kann aber auch eine Felddienstbarkeit seyn, indem das berechtigte Grundstück auch zur Landwirthschaft bestimmt seyn kann. Sind die Balken unbrauchbar geworden, so ist es zwar dem Berechtigten unverwehrt, selbe mit neuen zu ersetzen; doch ist es ihm nicht erlaubt, in der Folge, um sein Gebäude zu erweitern, mehrere Balken, als ihm anfangs bewilligt waren, einzulegen; auch dürfen die Balken überhaupt nicht von der Art seyn, daß sie die Last des dienstbaren Gutes vergrößern. Daß der Berechtigte an die Stelle der unbrauchbar gewordenen Balken andere einfügen dürfe, kann keinem gegründeten Zweifel unterliegen, da Grunddienstbarkeiten zum Vortheile und zur bequemeren Benützung des herrschenden Grundstückes errichtet werden, und selbe daher auch so lange fortdauern, als das herrschende Grundstück selbst besteht, und die bestellte Servitut demselben einen Vortheil bringt. Ist die Einfügung der Balken nur aus einer vorübergehenden Ursache, z. B. um auf den Balken bey einem vorhandenen Baue ein Baugerüst anlegen zu können, bewilliget worden, so können zwar während der Dauer des Baues an die Stelle der gebrochenen Balken andere eingefügt, sie müssen aber nach vollendetem Baue wieder heraus genommen werden [2]). Herr Professor Schuster wirft in seinem Baurechte, S. 348, die Frage auf, was Rechtens wäre, wenn ein Nachbar den andern um das Befugniß, Balken einfügen zu dürfen, anspricht, ersterer dabey die Absicht hat, ein fortdauerndes Recht, folglich

1) Siehe Schusters Baurecht S. 193.
2) Ebenda S. 346 — 348.

eine Servitut zu erwerben, letzterer aber der Meinung ist, daß jener die Balken nur aus einer vorübergehenden Ursache, z. B. um auf dieselben bey einem eben vorhabenden Baue ein Baugerüste zu erbauen, einlassen wolle; werde wohl ersterer behaupten können, er habe ein immerwährendes Recht zur Einfügung der Balken erworben? — Bey Beantwortung dieser Frage glaube ich zuvörderst unterscheiden zu müssen, ob bey Bestellung der Servitut wirklich ein Umstand vorhanden ist, aus welchem der Besteller auf eine vorübergehende Ursache zu schließen berechtiget war, oder ob dieses der Fall nicht sey. Im letzteren Falle wird obige Frage zu bejahen seyn; im ersteren aber wird weiters unterschieden werden müssen, ob die Servitut durch einen einseitigen oder zweyseitigen Vertrag bestellt worden sey? Ist die Servitut ohne Bedingung eines Entgeldes eingeräumt worden, so ist, nach §. 915, anzunehmen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; es muß daher auch im Zweifel zu Gunsten des Servitutsverpflichteten gesprochen werden. Ist aber die Servitut in einem zweyseitigen Vertrage eingeräumt worden, so müßte zu Gunsten des Berechtigten entschieden werden, weil das Recht, einen Balken oder Sparren in eine fremde Wand einzufügen, von dem Gesetzgeber selbst als eine Grunddienstbarkeit aufgeführt ist, und jede Abweichung von der Natur einer Servitut von demjenigen bewiesen werden muß, der sich darauf beruft (§. 479). Daß diese Vermuthungen wieder durch andere stärkere Vermuthungen, aus denen auf eine entgegengesetzte Willensäußerung geschlossen werden kann, aufgehoben werden können, scheint ebenfalls ausgemacht (§. 863). Was die Frage anbelangt, wer zur Erhaltung der dienstbaren Wand beyzutragen habe, so ist dieselbe ganz nach obiger bey Nr. 1 erörterten Art zu beantworten. Die Frage, ob sich der Nachfolger in dem dienstbaren Gute die Servitut der Balkeneinfügung selbst in dem Falle gefallen lassen müsse, als diese Servitutslast in dem öffentlichen Buche nicht eingetragen ist, oder ob er nicht vielmehr fordern könne, daß der Eigenthümer des herrschenden Gutes die Balken aus der Wand herausnehmen müsse, muß nach dem, was bey Erläute-

rung des §. 443 gesagt worden ist, wohl dahin beantwortet werden, daß er sich diese Belastung gefallen lassen müßte. Wer das Gegentheil behauptet, muß consequenter Weise auch zugeben, daß, wenn Jemand ein Haus an sich bringt, von welchem ein Theil dem nachbarlichen Gebäude zur Stütze dienet, die Abbrechung des auf der Mauer ruhenden Gebäudes gefordert werden könne, wenn die Servitut oneris ferendi nicht in dem öffentlichen Buche eingetragen ist. Dieses aber anzunehmen, wird schwerlich Jemanden beyfallen.

4) Die Dienstbarkeit, vermöge welcher der Eigenthümer des dienstbaren Gutes den fremden Rauch in seinen Schornstein aufzunehmen verbunden ist, ist der Dienstbarkeit der Balkeneinfügung ähnlich, weil diese Servitut nur dadurch ausgeübt werden kann, daß ersterer eine Röhre oder andere Vorrichtung mit dem fremden Schornsteine in Verbindung setzt. Es gelten daher auch bey dieser Servitut alle oben Nr. 3 angeführten Grundsätze.

§. 488.

Fensterrecht.

Das Fensterrecht gibt nur auf Licht und Luft Anspruch; die Aussicht muß besonders bewilliget werden. Wer kein Recht zur Aussicht hat, kann angehalten werden, das Fenster zu vergittern. Mit dem Fensterrechte ist die Schuldigkeit verbunden, die Oeffnung zu verwahren; wer diese Verwahrung vernachlässiget, haftet für den daraus entstehenden Schaden.

1) Das Recht, in seiner eigenen Mauer Fenster anzulegen, ist ein Ausfluß des Rechtes, mit seinem Eigenthume nach Belieben zu schalten, und zur Ausübung desselben bedarf es daher keiner Zustimmung des Nachbars, dem dieselbe vielleicht unangenehm seyn kann. Vielmehr müßte sich dieser, im Falle er diese Anlegung verhindern wollte, eine Servitut ausbedungen haben. Dagegen steht diesem gleichfalls wieder, in Folge seines Eigenthumsrechtes, das Befugniß zu, auf seinem eigenen Grund

und Boden solche Anlagen zu errichten, welche seinem Nachbar die bezweckte Aussicht benehmen. Die Servitut des Fensterrechtes besteht also darin, in der dem Nachbar eigenthümlichen, oder mit ihm gemeinschaftlichen Mauer Fenster anzubringen.

2) Der Zweck dieser Servitut kann entweder seyn, um dadurch mehr Licht und Luft, als man bisher hatte, zu gewinnen, oder auch, um eine freyere Aussicht zu erhalten. Ist bey Bestellung der Servitut der Zweck derselben nicht ausdrücklich angegeben worden, so wird nur angenommen, daß dieser in der Verschaffung von Licht und Luft bestehe. Weil aber dieser Zweck bey Vergitterung des Fensters erreicht wird, und die Vergitterung für den Eigenthümer des dienstbaren Gutes vortheilhaft seyn kann, da dadurch manche Gefahr, z. B. die des Einsteigens, bleibend beseitiget wird, so kann der Servitutsverpflichtete fordern, daß das Fenster vergittert werde, wenn er auch bey der Einräumung dieser Servitut hiervon keine Erwähnung gemacht hätte.

3) Wenn dagegen das Fensterrecht ausdrücklich dahin ausgedehnt wird, daß es eine ganz freye Aussicht gewähren soll, so kann der Nachbar um so weniger auf eine Vergitterung dringen, als in dieser freyen Aussicht auch die abwärts auf den unter dem Fenster gelegenen Grund begriffen ist. Jedoch ist der Servitutsberechtigte sowohl in diesem Falle, als auch dann, wenn er bloß das Fensterrecht in Bezug auf Licht und Luft genießt, sein Nachbar aber die Vergitterung des Fensters nicht ausdrücklich gefordert hat, jederzeit die Oeffnung des Fensters auf eine solche Art zu verwahren schuldig, daß der Eigenthümer, z. B. durch Einsteigen, in keine Gefahr gesetzt werde. Die Art und Weise der Verwahrung hat das Gesetz dem Ermessen des Servitutsberechtigten überlassen; er ist jedoch für die Zweckmäßigkeit des gewählten Verwahrungsmittels verantwortlich. Es versteht sich jedoch von selbst, daß von ihm keine solche Verwahrungsart gefordert werden könne, durch welche der Zweck der Servitut vereitelt würde.

4) Wer das Fensterrecht hat, kann, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, schon Kraft desselben verlangen, daß ihm der

dadurch vermehrte Genuß der Luft und des Lichtes, oder, wenn es weiter ausgedehnt wird, auch der Genuß der Aussicht durch Gegenanlagen, z. B. eines neuen Werkes oder einer Pflanzung, nicht benommen werde; denn sowohl das Recht des Eigenthümers als des Servitutsberechtigten ist auf den Zweck der Servitut beschränkt. Eine besondere verneinende Dienstbarkeit, Licht und Luft oder Aussicht nicht zu benehmen (§. 476, dann, 10 u. 11) hat man nur zur Vorsicht nöthig, daß uns jener Genuß, welchen uns schon die Lage und Beschaffenheit unseres eigenen Grundstückes oder Gebäudes (ohne Fensterrecht) verschafft, durch eine neue Anlage des Nachbars, wozu er auf seinem Grunde und Boden befugt ist, nicht entzogen oder verändert werde.

§. 489.

Recht der Dachtraufe.

Wer das Recht der Dachtraufe besitzt, kann das Regenwasser auf das fremde Dach frey oder durch Rinnen abfließen lassen; er kann auch sein Dach erhöhen; doch muß er solche Vorkehrungen treffen, daß dadurch die Dienstbarkeit nicht lästiger werde. Eben so muß er häufig gefallenen Schnee zeitig hinwegräumen, wie auch die zum Abflusse bestimmten Rinnen unterhalten.

1) Die Dachtraufe kömmt in unserem bürgerlichen Gesetzbuche sowohl als eine bejahende, als verneinende Dienstbarkeit vor (siehe §. 475 Nr. 6, und 476 Nr. 12). Daß der gegenwärtige §. von der bejahenden Dienstbarkeit der Dachtraufe, und zwar von derjenigen handle, von welcher in dem §. 475 Nr. 6 Meldung geschieht, fällt in die Augen, denn er bedient sich derselben Ausdrücke, nur, daß er zugleich die Gerechtsamen des Berechtigten, und die ihm obliegende Verbindlichkeit bezeichnet. Indessen scheint es eine zweyfache Art der bejahenden Dienstbarkeit der Dachtraufe zu geben. Es kann nähmlich das Regenwasser von unserem, gegen und über das benachbarte Grundstück gerichteten Dache, also vermöge seiner natürlichen

Lage von selbst, und ohne daß es einer Leitung bedarf, auf das Dach oder in den Hofraum des Nachbars herabträufen; es kann aber auch das Wasser von unserem Dache, welches, nach der natürlichen Lage des letzteren, auf das fremde Grundstück nicht gelangen würde, mittelst Rinnen dahin geleitet werden, und der Nachbar gehalten seyn, das eigens dahin geleitete Wasser aufzunehmen. Daß diese letztere Dienstbarkeit diejenige sey, von welcher der §. 475 handelt, kann keinem Zweifel unterliegen, weil er ausdrücklich von der Leitung der Dachtraufe spricht; in dem ersten hier gesetzten Falle wird aber das Regenwasser nicht geleitet, sondern fällt, nach seiner natürlichen Lage von selbst auf fremden Grund und Boden. Der gegenwärtige §. ist aber lediglich eine Erläuterung der im §. 475 erwähnten sechsten Dienstbarkeit [1]).

2) Unser Gesetzbuch macht indessen von ersterer Gattung der bejahenden Dachtraufenservitut in dem beschränkten Sinne, wie sie hier genommen wurde, keine ausdrückliche Meldung; indessen scheint es, daß sie auf keinen Fall von der Zahl der Dienstbarkeiten ausgeschlossen werden könne, weil unser Gesetzgeber, wie er es im Eingange des §. 475 u. 477 deutlich ausspricht, nicht alle, sondern nur die wichtigeren Dienstbarkeiten nahmhaft machen wollte. Da er nun die Leitung der Dachtraufe unter die Dienstbarkeiten aufnimmt, so dürfte er eben dadurch die einfache Dachtraufe mit eingeschlossen haben, weil das Mindere immer in dem Mehreren begriffen ist; auch hätte er sie nicht füglich ausschließen können, da sie im bürgerlichen Leben häufiger, als die Leitung der Dachtraufe angetroffen wird [2]). Aber gerade dieser letztere Umstand macht es auffallend, daß der Gesetzgeber von jener Servitut, die im bürgerlichen Leben häufiger vorkömmt, keine ausdrückliche Erwähnung gemacht, während er die seltenere Dienstbarkeit, die Dachtraufe leiten zu dürfen, ausdrücklich unter die Hausservituten aufgenommen hat, besonders da er sich im Eingange des §. 475 des Ausdruckes bedient:

1) Siehe Schusters Baurecht S. 279 — 282.

2) Ebenda S. 281.

„die Hausservituten sind gewöhnlich," und dadurch anzeigt, daß er zum Zwecke habe, die im Leben häufiger vorkommenden Dienstbarkeiten aufführen zu wollen. Ich erkühne mich daher zu behaupten, daß es eine eigentliche Dienstbarkeit der Dachtraufe in diesem beschränkten Sinne, wie er oben angegeben worden ist, nicht gebe, denn diese scheinbare Servitut der Dachtraufe kann nur in folgenden zwey Fällen vorkommen: Es ragt entweder das Dach, von welchem das Regenwasser herabfließt, in den Luftraum des Nachbars hinein, in welchem Falle dann ganz natürlich das abfließende Regenwasser auf den Grund oder das Dach meines Nachbars fallen muß, oder es ragt das Dach des Nachbars in meine Luftsäule herein, dergestalt, daß sich dasselbe unterhalb meines Daches befindet, in welch letzterem Falle dann auch das Regenwasser von meinem Dache auf das Dach des Nachbars herabrinnt. Der erstere Fall setzt die bereits bestehende Servitut, „ein Dach oder einen Erker über des Nachbars Luftraum zu bauen," voraus; ist aber diese Servitut bereits eingeräumt, so bedarf es einer besonderen Servitut der Dachtraufe nicht mehr; der Nachbar muß die Dachtraufe auf seinen Grund und Boden eben aus jenem Grunde aufnehmen, als er es sich gefallen lassen muß, wenn ein widriger Wind den von meinem Rauchfange herausgehenden Rauch in seinen Hofraum hinabtreibt. Im letzteren Falle gebührt dem Nachbar die Servitut, sein Dach in meinen Luftraum hineinragen zu lassen; dieses Servitutsrecht verleiht ihm aber kein Befugniß, mich zu zwingen, an meinem eigenen Hausdache eine Vorrichtung anzubringen, daß das Regenwasser nicht mehr, seinem natürlichen Laufe nach, auf den Dachstuhl meines Nachbars herabfalle, oder mir zu verwehren, oberhalb seines Daches ein Dach in meinen eigenen Luftraum hereinragen zu lassen.

3) Wer sich daher die Servitut der Dachtraufe überhaupt bestellet, ohne dieselbe näher zu bezeichnen, kann dadurch keine andere verstehen, als welche in dem §. 475 Nr. 6 bezeichnet ist, nähmlich die Dachtraufe auf des Nachbars Grund zu leiten, und er wird daher, zu Folge des gegenwärtigen §., ausdrücklich be

rechtiget, Rinnen anzulegen, und mittelst derselben das Wasser auf das fremde Dach oder den fremden Grund zu leiten. So wenig ihn aber nun der Eigenthümer des dienstbaren Grundes hindern kann, solche Rinnen anzulegen, um das Regenwasser abzuleiten, so wenig kann sich derjenige, zu dessen Gunsten diese Dienstbarkeit bestellt ist, ermächtiget halten, ein Dach oder einen Erker in des Nachbars Luftraum hineinzubauen, oder auch seine Rinnen in der Art anzulegen, daß sie in des Nachbars Luftraum hineinragen; denn dazu berechtigt ihn die Dienstbarkeit der Dachtraufe an und für sich nicht. Uebrigens fällt es in die Begriffe, daß, da die Rinnen ein Eigenthum des Besitzers des herrschenden Gutes sind, und nur diesem zum Vortheile gereichen, dieselben auch nur von ihm beygeschafft und erhalten werden müssen.

4) Die Erhöhung des Daches vermindert, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, den Abfluß, so wie jede neue Anlage, wodurch das Regenwasser weiter einwärts gegen den eigenen Grund geleitet wird. Eine Erniedrigung des Daches hingegen, oder häufig gesammelter Schnee befördert (oder vielmehr verstärkt) den Abfluß, und macht, so wie auch jede Anlage, wodurch selber weiter vorwärts in des Nachbars Grund gelenkt wird, die Dienstbarkeit lästiger. Ersteres ist also zulässig, nicht eben so das letztere.

5) Aus der Anordnung dieses §., daß der Berechtigte solche Vorkehrungen treffen müsse, wodurch die Dienstbarkeit nicht lästiger werde, folgert Herr Professor Schuster mit Recht [1]), daß im Falle, als das Regenwasser durch fortlaufende Rinnen von Dach zu Dach geleitet wird, es nicht gestattet sey, den Strom frey auf das Dach, oder in den Hof des Verpflichteten herabstürzen zu lassen, weil dadurch das Dach beschädigt und die Erde aufgewühlt werden würde; es müsse daher das Wasser immer in einer geschlossenen Rinne herabgeleitet werden, weil die Last des dienstbaren Grundes, so weit es Natur und Zweck der Bestellung gestatten, erleichtert werden muß (§. 484 u. 491).

1) Am a. O. S. 285.

6) Das Recht der Dachtraufe beschränkt sich, der Etymologie des Wortes nach, zu Folge welcher es ein vom Dache träufendes Regen- oder Schneewasser bezeichnet, nur auf die Ableitung des sich auf dem Dache anhäufenden Regen- oder Schneewassers, und der Berechtigte kann sohin das Recht der Dachtraufe nicht dahin ausdehnen, auch jenes Regen- oder Schneewasser, welches sich in seinem Hofe sammelt, mittelst einer Rinne oder eines Canals in das angränzende Grundstück zu leiten. Doch steht natürlich kein Hinderniß entgegen, diese Servitut ausdrücklich zu bedingen, in welchem Falle aber eigentlich die siebente, im §. 475 bemerkte, Dienstbarkeit vorhanden wäre [1]).

7) Die Dienstbarkeit der Leitung von Flüssigkeiten wird von dem Gesetzgeber sowohl unter den Haus- als Feldservituten aufgeführt, und zwar aus der ganz natürlichen Ursache, weil das Recht, die Flüssigkeiten auf das benachbarte Grundstück zu leiten, oder es auch von da aus beziehen und auf das herrschende Grundstück zu führen, sowohl zum Vortheile eines Hauses, als eines Grundstückes gereichen kann. — In Ansehung der daraus entspringenden Rechtsfolgen waltet aber zwischen dieser Haus- und Feldservitut kein bemerkenswerther Unterschied ob.

8) Die Dienstbarkeit der Leitung der Dachtraufe oder der Flüssigkeiten überhaupt, kann aber auch als eine verneinende Dienstbarkeit bestellt werden, und von dieser wird §. 476 Nr. 12 Erwähnung gemacht. — Fällt nähmlich das auf meinem Dache sich anhäufende Regenwasser, vermöge seiner natürlichen Lage, auf das Dach oder Grundstück meines Nachbars, so ist dieses zwar gewöhnlich eine Last für ihn; er mag sich, in so fern er nicht dadurch in meine Eigenthumsrechte eingreift und mir eine Servitut auflegen will, dagegen schützen; allein er hat, wie schon oben erwähnt worden ist, nicht das Recht, von mir zu fordern, daß ich durch eine besondere Vorrichtung den natürlichen Ablauf meines Wassers hemme, und es von seinem Grunde wegleite. Eine in mein Eigenthumsrecht eingreifende widerrechtliche Vorkehrung würde er aber treffen, wenn er durch eine besondere Bauführung dieses Wasser auffangen

1) Am a. O. S. 285 — 286.

und in mein Grundstück zurückleiten würde. Denn indem das Wasser sich von meinem Hause trennet, und in seine Luftsäule herabfällt, wird es sein Eigenthum, und wollte er daher dasselbe wieder auf mein Grundstück zurückleiten, so wäre ich gezwungen, sein Eigenthum auf meinen Grund und Boden aufzunehmen, was rechtlich nicht anders, als durch Bestellung einer neuen Dienstbarkeit geschehen kann. Es kann aber auch umgekehrt das von dem Dache meines Hauses auf seinen Grund herabfließende Wasser ihm Vortheile gewähren, indem es ihm zur Bewässerung seines Gartens oder Füllung seiner Cisterne dienet. In diesem Falle muß er sich, wenn er sich dieses Vortheiles dauerhaft versichern will, die verneinende Dienstbarkeit der Dachtraufe bestellen lassen, welche darin besteht, daß ich verbunden werde, zu unterlassen, das auf meinem Dache sich anhäufende Regenwasser, welches ich, Kraft meines Eigenthumsrechtes, auf meinen eigenen Grund zu leiten befugt bin, von seinem natürlichen Laufe abzuhalten. — Diese negative Dienstbarkeit, welche mich bloß zu einer Unterlassung verbindet, ist aber wesentlich verschieden von dem Rechte der Ableitung des Regenwassers, von welcher in den zwey nachfolgenden §§. die Rede ist, durch welches der Eigenthümer des dienstbaren Grundes nicht zu einer bloßen Unterlassung, sondern selbst zu einer Duldung verpflichtet wird.

§. 490.

Recht der Ableitung des Regenwassers.

Wer das Recht hat, das Regenwasser von dem benachbarten Dache auf seinen Grund zu leiten, hat die Obliegenheit, für Rinnen, Wasserkästen und andere dazu gehörige Anstalten die Auslagen allein zu bestreiten.

1) Es kann sich nun auch der Fall ergeben, daß der Besitzer eines Grundstückes wünscht, das auf dem Dache seines Nachbars sich sammelnde Regenwasser zum Vortheile seines Eigenthums zu gewinnen, letzteres aber, wegen größerer Entfernung des Daches, nach dem natürlichen Laufe nicht auf seinen Grund herabfließt, sondern dasselbe nur dann für ihn gewonnen wer-

den kann, wenn eigene Vorrichtungen getroffen werden, durch welche der natürliche Lauf des Wassers abgeändert, und dahin gerichtet wird, daß es nunmehr auf den Grund des Nachbars fällt, der es an sich bringen will. — In diesem Falle muß sich der letztere das Servitutsrecht der Ableitung des Regenwassers bedingen.

2) Dieses Recht gehört in die Classe der bejahenden Servituten, weil dadurch der Eigenthümer des verpflichteten Grundstückes gehalten wird, zu dulden, daß der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes auf des ersterem Grundstücke etwas unternehme, was er sich in Folge seines Eigenthumsrechtes nicht gefallen lassen dürfte, nähmlich die Anlegung der zum Ablauf erforderlichen Rinnen und Wasserkästen. — Daß aber der Gesetzgeber voraussetze, die hier erwähnten Anstalten werden von dem Berechtigten auf dem fremden, nicht aber auf eigenem Grunde unternommen, ist, wie Herr Professor Schuster [1]) bemerkt, daraus abzunehmen, weil es folgewidrig wäre, wenn der Gesetzgeber bey Behandlung einer Dienstbarkeit Anordnungen über das Befugniß aufstellen wollte, welches dem Berechtigten auf seinem eigenen Grunde gebührt. Denn dieses Befugniß ist ein Ausfluß des ihm gebührenden Eigenthumsrechtes, und erscheint daher in dem Hauptstücke von dem Eigenthumsrechte §. 362, wohin es einzig gehört, vollständig abgehandelt.

3) Indessen kann ich die Ansicht des Herrn Professors Schuster in der Hinsicht nicht theilen, daß die in diesem §. vorkommende Dienstbarkeit keine andere, als das Recht der Dachtraufe sey, von welcher in der Marginalrubrik des vorigen §. die Rede ist. — Seine Ansicht hierüber ist nähmlich folgende: Die bejahende Dienstbarkeit der Dachtraufe, oder überhaupt, Flüssigkeiten leiten zu dürfen, könne auf doppelte Art bestehen, entweder als ein Ableitungs- oder Herzuleitungsrecht. Die erste sey dann vorhanden, wenn ich mir das Recht ertheilen lasse, den Strom meines Regenwassers oder anderer Flüssigkeiten auf den fremden Grund, die letztere aber dann, wenn sich der Nachbar von mir

1) Am a. O. S. 295.

bedingt, jene auf meinem Grunde befindlichen Wassergattungen auf seinen Grund leiten zu dürfen. Wenn man die drey §§. 489 — 491 aufmerksam durchlese, müsse man zur vollen Ueberzeugung gelangen, daß der §. 489 von dem Ableitungsrechte, der §. 490 und 491 aber von dem Herzuleitungsrechte handle, besonders wenn ein Blick auf die Felddienstbarkeit der Wasserleitung geworfen wird.

Ich habe gegen die logische Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung nichts einzuwenden; nur glaube ich nicht, daß sie die gesetzliche sey. Denn die Marginalrubrik zu §. 489 belegt nur die Dienstbarkeit, die Dachtraufe auf fremden Grund zu leiten, mit dem Nahmen: „Recht der Dachtraufe", dagegen bezeichnet die Marginalrubrik des gegenwärtigen §. die Dienstbarkeit: die fremde Dachtraufe auf eigenen Grund zu leiten, mit den Worten: „Recht der Ableitung des Regenwassers". Ich glaube daher auch, daß man bey dieser gesetzlichen Benennung stehen bleiben müsse, und bemerke nur dabey, daß die Dienstbarkeit, von welcher im gegenwärtigen §. die Rede ist, unter den im §. 475 aufgeführten Hausdienstbarkeiten gar nicht vorkomme, was aber an und für sich von keiner Bedeutung ist, da der Gesetzgeber in den §§. 475 und 476 nicht alle Hausservituten aufführen wollte.

4) Es ist bereits bey Erläuterung des §. 483 auf den Unterschied aufmerksam gemacht worden, welcher zwischen der dienstbaren Sache selbst, und denjenigen, welche lediglich als Werkzeuge zur Ausübung der Dienstbarkeit erscheinen, in Bezug auf die Herhaltung und Herschaffung obwaltet, und es ist schon dort Nr. 6 erwähnet worden, daß die Erhaltung und Herstellung der letzteren lediglich dem Eigenthümer des herrschenden Grundes obliege. Mit diesen dort entwickelten Ansichten stimmt nun auch die Vorschrift des gegenwärtigen §. überein, zu Folge welcher derjenige, welcher das Recht der Ableitung des Regenwassers hat, auch die Obliegenheit hat, für die dazu nöthigen Rinnen u. s. w. die Auslagen allein zu bestreiten.

§. 491.

Erfordern die abzuführenden Flüssigkeiten Gräben und Canäle, so muß sie der Eigenthümer des herrschenden Grundes errichten; er muß sie auch ordentlich decken und reinigen, und dadurch die Last des dienstbaren Grundes erleichtern.

1) Die im Eingange des gegenwärtigen §. vorkommende Bestimmung gehet gleichfalls aus dem hervor, was im vorigen §. Nr. 4 bemerkt worden ist, und die letztere erkläret sich aus dem im §. 484 ausgesprochenen Grundsatze, daß Servituten, in so weit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden müssen.

2) Aus allem diesem (§§. 487 — 491) ergibt sich, sagt Herr Hofrath v. Zeiller, auch die Anwendung auf die noch übrigen, oben erwähnten Hausservituten (§§. 475 und 476), nähmlich das Recht: ein Dach oder einen Erker über des Nachbars Luftraum zu haben; oder die Verpflichtung, ein Gebäude nicht zu erhöhen, damit dem Berechtigten Luft, Licht oder Aussicht nicht benommen werde; oder es nicht zu erniedrigen, weil es in dem gegenwärtigen Zustande die Gewalt des Windes hintan hält oder Schatten verschafft u. s. w. Das Recht, Flüssigkeiten abzuführen, kommt mit der unten (§. 497) erörterten Feldservitut der Wasserleitung überein. — Diese allgemeine Bemerkung Zeillers vorausgeschickt, will ich hier nur ganz kurz den noch nicht erörterten einzelnen Servituten einige Bemerkungen beyfügen.

3) Die Servitut, ein Dach oder einen Erker über des Nachbars Luftraum zu bauen, wie sie im §. 475 Nr. 4 vorkömmt, ist eben dieselbe, welche im römischen Rechte unter der Benennung servitus projiciendi et protegendi erscheint, und besteht in dem Rechte, einen Theil meines Gebäudes über des Anderen Grundstück in seine Luft ragen zu lassen. Sie beruht auf dem Grundsatze, daß der Luftraum über einem Grundstücke als ein Eigenthum des Grundeigenthümers anzusehen ist, über welches sich Niemand eine Verfügung anmaßen darf, der nicht deßhalb eine Servitut erworben hat. Daß diese nähmliche Ansicht auch dem

österreichischen Gesetze zu Grunde liege, beweiset der §. 297, welcher den über einem Grund und Boden in senkrechter Linie befindlichen Luftraum als ein Zugehör des Grundes erkläret. — Es muß daher in der Textirung der hier erwähnten Dienstbarkeit, wie sie im §. 475 vorkömmt, offenbar ein Schreib- oder Druckfehler unterlaufen seyn, und demnach entweder heißen: „Ein Dach oder einen Erker über des Nachbars Grundstück, oder in des Nachbars Luftraum zu bauen."

4) Die Dienstbarkeit des Nichthöherbauens ist ein Recht, Kraft dessen ein Grundbesitzer wider die natürliche Freyheit verpflichtet wird, sein Haus zum Vortheile eines Andern nicht zu erhöhen. Denn Kraft der natürlichen Freyheit darf jeder Grundbesitzer auf seinem Grunde was immer, und in was immer für einer beliebigen Form bauen, wenn gleich dadurch dem Anrainer Aussicht, Licht und Luft benommen wird, es wäre denn, daß die politischen Gesetze die natürliche Freyheit in einigen Fällen beschränkten, in welchen es dann dem Staatsbürger mittelst Vertrages nicht gestattet ist, die gesetzliche Beschränkung aufzuheben. — Eine Dienstbarkeit des Höherbauens, wie sie im römischen Rechte vorkömmt, kennet daher auch die österreichische Gesetzgebung nicht. Selbst in dem Falle, daß durch irgend ein, einen bloßen Privatvortheil bezweckendes Gesetz, oder vermöge eines unter den Nachbarn vorher eingegangenen, die Freyheit, höher zu bauen, beschränkenden Vertrags, oder vermöge einer vorhandenen Verjährung, die natürliche Freyheit eine Einschränkung erleiden sollte, wäre es nicht eigentlich die servitus altius tollendi, die sich derjenige, welcher dessenungeachtet sein Haus zu erhöhen unternehmen sollte, dadurch anmaßte, sondern die Reoccupation seiner natürlichen Freyheit, welche er durch einen der oben aufgeführten Umstände verloren hatte. Die Absicht der Bestellung der Dienstbarkeit des Nichthöherbauens ist offenbar keine andere, als damit durch die Erhöhung des Gebäudes dem Angränzenden Aussicht, Licht und Luftzug nicht benommen, oder die Einsicht in dasselbe, oder dessen Hofraum und Garten nicht genommen werde; wenn also durch den vorzunehmenden Bau keiner dieser Zwecke vereitelt wird, so wird der Bau, auch ungeachtet des un-

beschränkt übertragenen Verbiethungsrechtes, unternommen werden dürfen (§. 472 Nr. 6). — Derjenige, der sich die Dienstbarkeit des Nichthöherbauens bestellt, kann jedoch dem dadurch Verpflichteten nicht auch andere Unternehmungen, wodurch dem Berechtigten Aussicht, Licht und Luftzug benommen wird, verbiethen. Denn in der Dienstbarkeit des Nichthöherbauens wird bloß das Nichterhöhen des Gebäudes, nicht auch die Unterlassung anderer Unternehmungen zugesichert. Es steht daher dem Verpflichteten kein Hinderniß im Wege, Bäume zu pflanzen, die Wäsche aufzuhängen u. s. w., wenn auch dadurch dem Nachbar Aussicht, Licht oder Luftzug benommen würde. Dieses gilt selbst für den Fall, als in dem Vertrage, worin die Dienstbarkeit, das Haus nicht zu erhöhen, stipulirt wurde, die Absicht ausgedrückt wäre, damit durch einen Bau dem berechtigten Gebäude Aussicht, Licht und Luftzug nicht benommen werde, weil die bloße Angabe der Absicht, warum die Dienstbarkeit bestellt wird, noch keineswegs die Wirkung hervorbringen kann, daß dadurch schon die von dem Gesetze als verschiedenartig bezeichneten Dienstbarkeiten, die Aussicht, das Licht und den Luftzug nicht zu benehmen, als bestellt betrachtet werden könnten. Der Vertrag, worin die Dienstbarkeit bestellt wird, ist entweder ein einseitig oder zweyseitig verbindlicher. Ist er einseitig, wurde daher die Servitut des Nichthöherbauens ohne Bedingung eines Entgeldes zugesichert, so ist vorauszusetzen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere, als die schwerere Last auflegen wollte (§. 915); es ist daher um so weniger vorauszusetzen, daß er, außer der Dienstbarkeit des Nichthöherbauens, auch noch die Dienstbarkeiten, die Aussicht, das Licht und den Luftzug nicht zu benehmen, auf sich laden wollte. Ist aber der Vertrag entgeldlich geschlossen, so tritt die Regel des §. 901 ein, nach welcher, wenn die Parteyen den Beweggrund oder Endzweck ihrer Einwilligung nicht ausdrücklich zur Bedingung gemacht haben, dergleichen Aeußerungen auf die Gültigkeit des Vertrages keinen Einfluß haben.

5) Die Bestellung der Servitut, das Haus nicht niedriger zu machen, kann geschehen, damit dadurch der Wind abgehalten werde, der, wenn das Haus niedriger gemacht würde, auf das

Haus des herrschenden Grundstückes anfallen würde, oder weil dem Eigenthümer an diesem Theile seines Hauses an der Abhaltung der Sonnenstrahlen gelegen ist. In so fern die Zwecke der Bestellung nicht vereitelt werden, kann dem Servitutsverpflichteten eine Erniedrigung seines Gebäudes nicht versagt werden.

6) Wer die Dienstbarkeit, dem herrschenden Gebäude das Licht nicht zu benehmen, ertheilt, der muß alles unterlassen, was die Lichtstrahlen mindert, oder wohl gar einen Schatten verursacht, ohne Unterschied, wodurch dieses geschieht, durch Pflanzung eines Baumes, Aufhängen der Wäsche, Unternehmung eines Baues, oder Hinwegreißung eines Gebäudes, wenn z. B. das herrschende Grundstück das Licht durch das Abprellen der Lichtstrahlen von der dienstbaren Wand erhält, welche eingerissen werden soll. Mit der Dienstbarkeit, dem herrschenden Gebäude das Licht nicht zu benehmen, ist auch gewöhnlich die, den Luftzug nicht zu beschränken, verbunden; doch kann letztere auch für sich allein bestellt werden.

7) Die Dienstbarkeit, die Aussicht nicht zu benehmen, unterscheidet sich von jener, das Licht nicht zu benehmen, wesentlich dadurch, daß letztere bloß ein Recht gewähret, den Anblick des Firmamentes nicht zu beengen, wogegen die erstere zugleich ein Recht gibt, zu verlangen, daß der Anblick keines vor dem berechtigten Gebäude gelegenen Gegenstandes verändert werde [1]).

§. 492.

Recht des Fußsteiges, des Viehtriebes und Fahrweges.

Das Recht des Fußsteiges begreift das Recht in sich, auf diesem Steige zu gehen, sich von Menschen tragen, oder andere Menschen zu sich kommen zu lassen. Mit dem Viehtriebe ist das Recht, einen Schiebkarren zu gebrauchen, und mit dem Fahrwege das Recht, mit einem oder mehreren Zügen zu fahren, verbunden.

1) Nachdem das Gesetz die vorzüglichsten der Hausservituten abgehandelt hat, geht es auf die in Ansehung der Felddienst-

1) Siehe Schuster a. a. O. S. 406 — 413.

barkeiten geltenden gesetzlichen Bestimmungen über. Die Reihe trifft zuerst den Fußsteig. Nach römischem Rechte verstand man unter der servitus itineris das Recht, sich eines Fußsteiges über das Grundstück eines Anderen zum Gehen oder Reiten zu bedienen, oder auch sich in einer Sänfte darüber tragen zu lassen. Mit Recht beschränkt unser Gesetzbuch die Dienstbarkeit des Fußsteiges bloß auf die im gegenwärtigen §. angegebenen Befugnisse, nach welchen das Reiten ausgeschlossen ist. Das Reiten ist ungezweifelt für den Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes lästiger, als das bloße Gehen, und man kann nicht behaupten, daß derjenige, der das Bedürfniß fühlt, über fremden Grund und Boden gehen zu können, auch zugleich das Bedürfniß habe, darüber reiten zu dürfen. Der österreichische Gesetzgeber ist bey Festsetzung der in diesem §. enthaltenen Bestimmungen dem im §. 484 aufgestellten Grundsatze getreu geblieben. Der Zweck der Servitut des Fußsteiges ist nicht bloß der persönliche Genuß des Berechtigten, sondern der ökonomische Vortheil des herrschenden Gutes selbst, und es wird beym Fußsteige kein größerer Raum auf dem dienenden Grunde eingenommen, ob man selbst darüber geht, sich von Anderen tragen, oder einzelne Personen zu sich kommen läßt. Der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes ist daher auch nur gehalten, einen Fußsteig von einer solchen Breite zu halten, als ein Mensch bedarf, um darauf bequem gehen zu können.

2) Viehtrieb, Trifftgerechtigkeit (servitus actus), ist das Recht, vermöge dessen der Besitzer eines Grundstückes befugt ist, über das Grundstück des Andern sein Vieh zu treiben. Mit dieser Servitut ist ohne Zweifel auch das Recht begriffen, über das dienstbare Grundstück allein und ohne Vieh zu gehen, auch mit einem Schiebkarren zu fahren. Das letztere Befugniß ist in diesem §. vom Gesetze ausdrücklich ausgesprochen. Zweifelhaft ist es, ob derjenige, welchem das Recht des Viehtriebes zusteht, auch berechtiget ist, über das dienstbare Grundstück zu reiten? welche Frage ich allerdings bejahend beantworten zu müssen glaube, weil das Reiten dem Besitzer des dienstbaren Grundstückes doch nicht lästiger fallen kann, als der Viehtrieb

selbst, und der folgende §. dadurch, daß er ausdrücklich bestimmt, das Recht, zu gehen, könne nicht auf das Recht, zu reiten, ausgedehnt werden, und gleich fortfährt, daß das Recht des Viehtriebes nicht auf das Recht, schwere Lasten über den dienstbaren Grund zu schleifen, ausgedehnt werden könne, stillschweigend das Nähmliche auszusprechen scheint. Aus dem Zwecke dieser Servitut ergibt sich auch, daß der Hirt auf dem fremden Grundstücke mit seiner Heerde weder halten, noch selbe auf- und niedertreiben darf, sondern die Trifft in einem Zuge fort verrichten muß.

3) Ausgedehnter als beyde vorhergehende Servituten ist das Recht des Fahrweges (servitus viae). Nach römischem Rechte begreift diese servitus nicht nur das Recht in sich, mit allen Arten von Wägen über das Grundstück zu fahren, sondern auch Steine und Balken zu schleifen. Im gegenwärtigen §. ist bloß das Recht, mit einem oder mehreren Zügen zu fahren, aufgeführt, doch scheint allerdings auch das Recht, Steine und Balken zu schleifen, darunter begriffen werden zu müssen, weil der nachfolgende §. dieses Recht nur von der Servitut des Viehtriebes ausdrücklich ausschließt.

4) Bey dieser Gelegenheit kann die Frage zur Sprache gebracht werden, in wie fern die Dienstbarkeit des Fußsteiges, Viehtriebes oder Fahrweges dem ganzen Publikum zu Statten kommen könne? — Da die einzelnen, das Publikum ausmachenden Individuen, wenn sie ein fremdes Grundstück gebrauchen und benützen, dieses nur für sich, nicht aber in Beziehung auf die übrigen, als deren Repräsentanten, und mit der Absicht, denselben das nähmliche Recht zu verschaffen, thun, Niemand aber durch die Verträge und Handlungen eines Dritten, woran er entweder mittelbar oder unmittelbar Theil genommen hat, Rechte zu erlangen im Stande ist, so setzet der Gebrauch nicht offener Wege immer eine besondere individuelle Begünstigung voraus, und selbst zur Erwerbung einer solchen Servitut für die ganze Gemeinde gehört entweder ein mit derselben geschlossener Vertrag, oder daß der Weg als Zugang zu einem Platze führt, welchen die Gemeinde mit ungetheiltem Rechte besitzt.

§. 493.

Hingegen kann, ohne besondere Bewilligung, das Recht, zu gehen, nicht auf das Recht, zu reiten, oder sich durch Thiere tragen zu lassen; weder das Recht des Viehtriebes auf das Recht, schwere Lasten über den dienstbaren Grund zu schleifen, noch das Recht, zu fahren, auf das Recht, freygelassenes Vieh darüber zu treiben, ausgedehnet werden.

Diese Bestimmungen fließen, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, aus dem Grundsatze, daß der Berechtigte die den verschiedenen Arten der Servituten angewiesene Gränze nicht überschreiten, und sein Recht nicht auf eine dem dienstbaren Gute lästigere Weise ausüben, überhaupt aber allem, auch nur besorglichen Mißbrauche (z. B. durch Uebertreten des Viehes auf den bebauten Grund) vorbeugen, und um so minder die von dem Verpflichteten zur Fürsorge getroffenen Anstalten beseitigen soll. Der Berechtigte kann aber nicht angehalten werden, Verzäunungen oder andere dergleichen Vorrichtungen zur Verhüthung des Austretens des Viehes anzulegen und zu unterhalten. Eben so wenig ist aber auch der Berechtigte befugt, den Besitzer des belasteten Grundstückes zur Herhaltung der bereits von ihm errichteten dießfälligen Anstalten zu verhalten, und er kann es nicht wehren, wenn dieser selbe eingehen läßt; denn nur dem Berechtigten liegt die Sorgfalt der Verhüthung jeder Beschädigung ob. Ist aber der Servitutsberechtigte befugt, ein das Uebertreten des Viehes verhindernde Einzäunung oder Vermachung des Trifftweges auf seine Kosten errichten zu lassen? Diese Frage scheint allerdings bejahend beantwortet werden zu müssen, jedoch muß dieser eine solche Art der Vermachung wählen, welche dem Eigenthümer die Benützung seines Eigenthums auf keine Weise erschweret.

§. 494.

Zur Erhaltung des Weges, der Brücken und Stege tragen verhältnißmäßig alle Personen und Grundbesitzer, denen der Gebrauch derselben zusteht, folglich auch der Besitzer des dienstbaren Grundes, so weit bey, als er davon Nutzen ziehet.

Auch dieser Satz ist, wie gleichfalls Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, nur eine unmittelbare Folge des oben (§. 483) aufgestellten Grundsatzes, woraus sich zugleich ergibt, daß der Verpflichtete in dem Falle, als weder er selbst, noch seine Angehörigen von dem nähmlichen Wege oder Werke Gebrauch machen, zu keinem Kostenbeytrage verbunden sey. Es ist aber in diesem Falle der Berechtigte ohne Zweifel befugt, den Weg zu verschließen, damit der Eigenthümer davon keinen Gebrauch machen könne.

§. 495.

Raum hierzu.

Der Raum für diese drey Servituten muß dem nöthigen Gebrauche und den Umständen des Ortes angemessen seyn. Werden Wege und Steige durch Ueberschwemmung oder durch einen anderen Zufall unbrauchbar, so muß, bis zu der Herstellung in den vorigen Stand, wenn nicht schon die politische Behörde eine Vorkehrung getroffen hat, ein neuer Raum angewiesen werden.

1) Die außerwesentlichen Bestimmungen müssen, wie in anderen Fällen, auch bey Bestellung einer Servitut dem Uebereinkommen der Parteyen überlassen werden, und es ist daher, wie in dem Zeiller'schen Commentare bemerkt ist, zur Vermeidung von Streitigkeiten räthlich, den Ort oder Theil des Grundstückes, wo die Servitut ausgeübt werden soll, dann den dazu gewidmeten Raum genauer zu bestimmen. Der Gesetzgebung liegt lediglich ob, für den Fall, als die Parteyen vernachlässiget

hätten, in dem Bestellungsvertrage hierüber ausdrückliche Bestimmungen festzusetzen, einige leitende Grundsätze aufzustellen, um aus selben den ausdrücklich erklärten Willen der Parteyen zu supliren.

2) Der Raum für diese drey Servituten wird nun im Falle, als die Parteyen hierüber nichts ausdrücklich bestimmt haben, von dem Richter festgesetzt, der, dabey den Zweck der Servitut sich vor Augen haltend, ihn nach Nothwendigkeit und den Umständen des Ortes zu bemessen hat. Es ist sohin dabey auf den Umstand Rücksicht zu nehmen, ob nebst dem Befugniß, zu gehen, auch das zu reiten eingeräumt worden ist, welche Gattung Triebvieh über das dienstbare Gut geführt werden soll, und welche Fuhrwerke in dem Orte der bestellten Servitut gewöhnlich sind. Daß der Richter bey seinem Ausspruche die Beurtheilung von Sachverständigen einzuhohlen hat, fällt in die Begriffe [1]). Ist Jemanden die Durchfahrt durch einen Thorweg verstattet worden, so kann letzterer in der Folge, ohne Einwilligung des Berechtigten, weder verengt noch erniedriget werden; ausgenommen, es würde erwiesen, daß die Verengung oder Erniedrigung für keinen Fall dem Berechtigten zum Nachtheile gereichen könne. Auch darf ohne Zweifel der Besitzer des verpflichteten Grundstückes an dem Wege auch keine Bäume, deren tief herunter gehende Aeste das Fahren, Reiten und Gehen (nähmlich nach den Umständen der bestellten Servitut) verhindern oder erschweren, setzen, und um so weniger dem Berechtigten die Wegschaffung der Aeste dieser Bäume, in so weit sie dem Rechte des Servitutsinhabers nachtheilig sind, verwehren.

3) Wenn bey Bestellung dieser hier erklärten Servituten kein Ort bestimmt ist, über welchen der Weg zum Gehen, zum Viehtriebe, oder zum Fahren laufen soll, so hat in der Regel der Berechtigte die Wahl. Denn die Dienstbarkeit ruht in die-

1) Nach dem preußischen Landrechte wird, in Ermangelung besonderer Bestimmungen, die Breite eines Fußsteiges auf drey Fuß, und wenn darauf geritten oder mit Karren gefahren werden soll, auf vier Fuß; dann der Fahrtweg zu acht Fuß in der geraden Linie, und von zwölf Fuß in der Biegung bestimmt: auf Viehtriebe dagegen wird die doppelte Breite eines Weges gerechnet. 1. Theil, 22. Tit., §§. 78 und 79.

sem Falle auf dem ganzen Grunde. — Nur darf er bey der Wahl solche Stellen nicht berühren, welche bebauet sind, z. B. Weinberge, Saatfelder u. dgl. Denn die Servituten müssen immer genau auf ihren Zweck eingeschränkt, und mit möglichster Schonung des Eigenthums gebraucht werden. Ist nun der Weg aber einmahl gewählt, so ist der Berechtigte nicht mehr befugt, sich in der Zukunft einen anderen zu wählen; jedoch scheint dem Verpflichteten nicht benommen werden zu können, einen andern Weg anzuweisen, wenn dadurch die Erreichung des Zweckes der Servitut auf keine Weise erschwert wird (§. 484).

4) Ist dem Berechtigten gleich ursprünglich bey Bestellung der Servitut ein bestimmter Raum angewiesen worden, so ist auch nur dieser Theil des Grundstückes dienstbar geworden. Werden daher die auf diesem eigens angewiesenen Raume befindlichen Wege und Steige durch Ueberschwemmung oder einen anderen Zufall unbrauchbar gemacht, so wird die Dienstbarkeit eingestellt; sie lebt aber wieder auf, wenn dieselben wieder hergestellt werden. Ist aber bey der Bestellung der Dienstbarkeit selbst kein besonderer Raum, worauf die Dienstbarkeit auszuüben ist, angewiesen worden, so ist das ganze Grundstück dienstbar geworden, und es erlischt daher die Servitut nicht, wenn der bisher von dem Berechtigten gebrauchte Weg oder Steig unbrauchbar wird; es ist daher auch der Verpflichtete schuldig, bis zur Herstellung des Weges oder Steiges in vorigen Stand, einen anderen angemessenen Theil des Grundstückes zur Ausübung dieser Servitut anzuweisen, wenn nicht von der politischen Behörde selbst, welche ihrer Bestimmung gemäß die Folgen der Unglücksfälle ohne Verzug zu heben hat, eine Vorsorge getroffen worden ist. Ist der frühere Weg oder Steig wieder hergestellt, so muß der Berechtigte, auf Verlangen des Verpflichteten, die Servitut wieder allda ausüben, und er ist auch der Regel nach wegen dieser Herstellung einen verhältnißmäßigen Beytrag zu leisten schuldig (§. 483).

§. 496.

Recht, Wasser zu schöpfen.

Mit dem Rechte, fremdes Wasser zu schöpfen, wird auch der Zugang zu demselben gestattet.

1) Der Zugang erscheint hier als nothwendiges Mittel, ohne welchem die Servitut nicht ausgeübt werden könnte. — Würde Jemand einem Anderen das Recht einräumen, von seinem Brunnen Wasser zu schöpfen, ihm aber zugleich das Befugniß versagen, zu dem Brunnen hinzugehen, so wäre es ein offenbares Kennzeichen, daß es ihm mit der Bestellung der Servitut nicht Ernst gewesen sey. Eben deßhalb muß auch angenommen werden, daß derjenige, der seinen Willen ernstlich an Tag legte, daß sein Nachbar das Recht haben solle, aus seinem Brunnen oder Teiche Wasser zu schöpfen, ihm eben dadurch auch den Zugang zu selben gestatte. — Da aber dieses Befugniß durch den Zweck der eingeräumten Servitut beschränkt ist, so kann daraus kein Recht des Fußsteiges überhaupt gefolgert werden.

2) Aus gleichem Grunde muß demjenigen, dem die Servitut eingeräumt worden ist, bey dem Brunnen, Bache oder Teiche des Nachbars sein Vieh zu tränken, auch das Befugniß zugestanden werden, sein Vieh zu diesem Zwecke dahin zu treiben; aber auch hier darf dieses Recht nicht in das ausgedehntere Servitutsrecht des Viehtriebes erweitert werden. Wer den Brunnen zu erhalten hat, erhellet aus §. 483.

§. 497.

Recht der Wasserleitung.

Wer das Recht hat, Wasser vom fremden Grunde auf den seinigen, oder von seinem Grunde auf fremden zu leiten, ist auch berechtiget, die dazu nöthigen Röhren, Rinnen und Schleußen auf eigene Kosten anzulegen. Das nicht zu überschreitende Maß dieser Anlagen wird durch das Bedürfniß des herrschenden Gutes festgesetzt.

1) Die Wasserleitung der ersten Art bedingt man sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, bey einem Mangel an Wasser zum öconomischen Gebrauche, oder zu verschönernden Anlagen; jene der letzteren, wenn das Grundstück sumpfig ist, oder wenn man unreines Spül-, Wasch- und Badwasser aus seinem Gebäude abzuleiten sucht.

2) Der Berechtigte ist auch befugt, zu diesem Ende auf dem dienstbaren Grunde Röhren, Rinnen und Schleußen anzulegen. Ich sage, auf dem dienstbaren Grunde, obschon der gegenwärtige §. dieses nicht ausdrücklich bestimmt; allein auf seinem eigenen Grunde Röhren, Rinnen und Schleußen anzulegen, ist ein aus dem Eigenthums- und nicht aus dem Servitutsrechte entspringendes Befugniß, als welches letztere es hier offenbar dargestellt wird. Daß indessen diese zu Wasserleitungen nöthigen Anlagen von dem Berechtigten auf seine Kosten getragen werden müssen, folgt aus dem, was bey Erläuterung des §. 483 Nr. 6 gesagt worden ist. Uebrigens müssen diese Anlagen auf solche Art gemacht werden, daß dadurch dem dienstbaren Gute keine größere Last auferlegt wird, als das Bedürfniß des herrschenden Gutes erheischt.

3) Diese Servitut hat das Eigene, daß derjenige, welcher das Wasser auf seinen Grund aufnimmt, sowohl der Berechtigte als Verpflichtete seyn kann. Es entsteht daher die Frage, was in dem Falle Rechtens sey, wenn es sich durchaus nicht zuverlässig erörtern läßt, welcher von beyden Grundeigenthümern als der berechtigte Herr zu betrachten sey? Es kömmt vor Allem darauf an, ob es sich erörtern läßt, wer die Röhren, Rinnen oder Schleußen angelegt habe? Hat sie der Eigenthümer des Grundes, von welchem das Wasser abgeleitet wird, angelegt, so ist natürlich dieser für den Berechtigten zu halten. Wenn sich aber dieses nicht erörtern läßt, so ist immer das Grundstück, auf welches das Wasser geleitet wird, als das dienstbare anzusehen. Denn vermag der Eigenthümer desselben nicht zu beweisen, daß er die Röhren oder Rinnen angelegt habe, so erscheint er nicht als derjenige, der das Wasser geleitet, sondern als der, welcher das eingelassene aufgenommen hat, welches das Charakteristische des

Dienenden ist. Daher kann auch der Eigenthümer desjenigen Grundstückes, in welches das Wasser abgeleitet wird, dem Eigenthümer des Grundstückes, von dem dasselbe abfließet, nicht verwehren, wenn er dasselbe zurückhält, so wenig, als er berechtiget ist, den Einlauf desselben zu hindern.

4) Die Dienstbarkeit des Ab- und Zuleitungsrechtes kann auch gegenseitig bedungen werden; denn es kann dem Eigenthümer des einen Grundstückes daran liegen, das Wasser in das benachbarte Grundstück abzuleiten, und dem Eigenthümer des anderen Grundstückes kann daran gelegen seyn, dieses Wasser für sein Grundstück zu benützen. Es kann z. B. der Grundeigenthümer A dem Grundeigenthümer B die Dienstbarkeit, das Wasser von seinem Grundstücke abzuleiten, gegen dem bewilligen, daß er ihm die Dienstbarkeit des Herzuleitungsrechtes einräume, und so umgekehrt. Die Folge davon wird seyn, daß wenn der Grundeigenthümer A das abfließende Wasser zu seinem Gebrauche nicht mehr nöthig hat, er doch, ohne Einstimmung des B, den Abfluß des Wassers in sein Grundstück nicht verhindern, und der B, ohne Einstimmung des A, das Wasser auf seinem Grundstück nicht zurückhalten darf. — Was wird nun aber in einem solchen Falle, in Ansehung der Herbeyschaffung und Herhaltung der zu dieser Servitut nöthigen Röhren, Rinnen und Schleußen, Rechtens seyn? Ich glaube, daß Jeder jene Anstalten, welche er zur Ausübung seines Servitutsrechtes bedarf, auf eigene Kosten anzulegen und herzuhalten habe, und daß der andere Theil, in so fern er dieselben auch zu seinem Zwecke nöthig hat, nach der Analogie des §. 483, einen verhältnißmäßigen Beytrag hierzu leisten müsse, und daß er sich von der Leistung dieses Beytrages nur dann befreyen könne, wenn er auf sein Servitutsrecht Verzicht leistet.

5) Eine gewöhnliche Erscheinung dieser doppelten Dienstbarkeit wird seyn, daß jeder der beyden Nachbarn Röhren und Rinnen auf seinem Grundstücke anlege und erhalte. Es könnte daher scheinen, daß überall, wo diese Erscheinung angetroffen wird, auch die Vermuthung für diese gegenseitige Dienstbarkeit streite, und daher, so lange das Gegentheil nicht erwiesen ist,

in der bisherigen Ausübung keine Veränderung vor sich gehen, folglich der Eine den Wasserlauf nicht zurückhalten, und der Andere denselben immerfort aufnehmen müsse. Allein dieses wäre unrichtig. Allerdings streitet für denjenigen, welcher das Wasser mittelst Röhren von seinem Grunde auf den des Nachbars ableitet, die Vermuthung, daß dieses in Folge des ihm zustehenden Servitutsrechtes der Ableitung des Wassers geschehe, weil er dadurch etwas unternimmt, zu dem er in der bloßen Eigenschaft als Eigenthümer des Grundes nicht befugt gewesen wäre. Allein dieses ist bey dem andern Nachbar der Fall nicht; denn ihm steht schon, vermöge seines Eigenthumsrechtes, das Befugniß zu, das auf seinen Grund und Boden abfließende Wasser nach seinem Belieben zu benützen, und sohin auch nach seiner Willkühr Rinnen und Röhren auf seinem eigenen Grund und Boden anzulegen.

§. 498.

Weiderecht.

Ist bey Erwerbung des Weiderechtes die Gattung und die Anzahl des Triebviehes, ferner die Zeit und das Maß des Genusses nicht bestimmt worden, so ist der ruhige dreyßigjährige Besitz zu schützen. In zweifelhaften Fällen dienen folgende Vorschriften zur Richtschnur.

1) Das Weiderecht (auch Huth- und Weidegerechtigkeit genannt) ist das Befugniß, das Vieh, was man auf seinem Landgute zu dessen Zweck und Cultur nöthig hat, auf dem Grundstücke des Andern ungehindert weiden zu dürfen. So wie mit dem Rechte, fremdes Wasser zu schöpfen, auch der Zugang zu demselben gestattet ist (§. 496), so muß auch ganz natürlich mit diesem Servitutsrechte das Befugniß verbunden seyn, das Vieh auf die Weide treiben zu dürfen.

2) Dieses Recht kann nun, nach der Meinung angesehener Lehrer des römischen Rechtes, auf verschiedene Art bestellt werden, nähmlich entweder so, daß der Huthungsberechtigte dadurch bloß das Recht erhält, dem Eigenthümer des dienstbaren Grund-

stückes eine Handlung zu verbiethen, welche dieser sonst, vermöge der natürlichen Freyheit, auf seinem Eigenthume, auch des dem Anderen zustehenden Weiderechtes ungeachtet, vornehmen dürfte. So z. B. hindert die Weideservitut den Eigenthümer nicht, seine Ländereyen und Grundstücke wirthschaftsmäßig zu benützen. Er kann sie also nicht nur mit allen Arten von Früchten bestellen, sondern auch zu Zeiten brach liegen lassen. Allein es kann der Weideberechtigte auch das Befugniß erworben haben, dem Eigenthümer zu verbiethen, daß er seine Grundstücke nicht mit einer gewissen Gattung von Früchten bestelle. Ist nun die Weideservitut mit einem solchen Verbiethungsrechte verbunden, vermöge dessen der Eigenthümer etwas, wozu er sonst als Eigenthümer befugt wäre, unterlassen muß, damit die dem Anderen gestattete Servitut desto besser ausgeübt werden könne, so wird sie eine negative Weideservitut, in dem entgegengesetzten Falle aber eine affirmative genannt. Es behaupten zwar einige, daß jede Weideservitut schon an sich das Recht enthalte, dem Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes jede Art von Cultur desselben, und jedes Unternehmen zu verbiethen, woraus nur irgend ein Nachtheil für das Weiderecht entsteht. Allein diese Meinung scheint sich nicht mit Grund vertheidigen zu lassen, sondern zur Constituirung dieser negativen Weideservitut eine ausdrückliche Begebung von Seite des Eigenthümers, oder von Seite des Berechtigten eine erweisliche Prohitivhandlung erfordert zu werden, bey welcher sich der Eigenthümer über die Zeit der Verjährung hinaus dabey beruhiget hat [1]). Da vor Erscheinung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches das römische Recht in dieser Hinsicht auch in Oesterreich als Entscheidungsquelle diente, und folglich diese Grundsätze auch damahls angenommen waren, das gegenwärtige Gesetzbuch aber keine dießfalls abweichenden Bestimmungen ausdrücklich aufgestellt hat, und diese Grundsätze auch dem Geiste der übrigen Anordnungen, welchem zu Folge Servituten strenge zu interpretiren sind, vollkommen zu entsprechen scheinen, so bin ich der Ueberzeugung, daß die hier aufgeführten, nach römischem Rechte geltenden Grundsätze auch bey uns Anwendung finden.

1) Siehe Glück 10. B., 1. Abth. S. 171.

3) Das Weiderecht kann ferner entweder auf eine unbestimmte oder bestimmte Art eingeräumt seyn. Es kann nähmlich gleich bey Bestellung dieser Servitut, oder später ausgemacht worden seyn, welche Gattung des Triebviehes auf die Weide getrieben werden könne, und wie groß die Anzahl der Stücke seyn dürfe, zu welcher Zeit das Weiderecht ausgeübt, und wie weit sich der Genuß derselben zu erstrecken habe. Sind nun ausdrückliche Bestimmungen hierüber getroffen worden, so haben diese den Parteyen in so weit zur Richtschnur zu dienen, als nicht politische Verordnungen denselben entgegen stehen. Im Mangel solcher ausdrücklichen Bestimmungen entscheidet hierüber der dreyßigjährige ruhige Besitz; ja selbst, wenn ausdrückliche Bestimmungen vorhanden wären, würde ihnen dieser dreyßigjährige ruhige Besitz derogiren, vorausgesetzt, daß dieser erst nach diesen ausdrücklichen Bestimmungen zu laufen angefangen habe. Setzen wir z. B., es wäre durch fünfzehn Jahre immer Rind- und Schafvieh auf die Weide getrieben worden; nach dieser Zeit aber hätten beyde Theile das Uebereinkommen getroffen, daß nur Rindvieh zur Weide zugelassen werden solle, indessen sey es doch factisch bey dem alten Gebrauche fortwährend noch durch mehr als fünfzehn Jahre geblieben. Nun fällt es auf einmahl dem Herrn des dienstbaren Gutes ein, sich auf das Uebereinkommen stützend, zu begehren, daß das Schafvieh von der Weide ausgeschlossen werden solle. In diesem Falle wäre nun allerdings nach dem getroffenen Uebereinkommen zu entscheiden. Setzen wir aber den Fall, daß diese dreyßig Jahre nach dem Uebereinkommen abgelaufen wären, so wäre das dem Eigenthümer der dienstbaren Weide aus dem Uebereinkommen entstandene Recht, das Schafvieh von seiner Weide auszuschließen, verjährt, und es müßte daher in diesem Falle nur der dreyßigjährige ruhige Besitzstand aufrecht erhalten werden. Vorausgesetzt wird jedoch hier, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundes fortwährend durch dreyßig Jahre der nähmliche geblieben ist, oder daß wenigstens der Nachfolger in diesem Grunde Erbe seines Vorfahrers war; denn ist er ein Particular-Nachfolger, so wird durch die Besitzveränderung die Verjährung unterbrochen,

wie bey Erläuterung der Bestimmungen über Verjährung und Ersitzung vorkommen wird.

4) Im Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung aber, und für den Fall, als auch während der letzten dreyßig Jahre, in Ansehung des Genusses dieses Servitutsrechtes keine Gleichförmigkeit herrschte, dienen die hier nachfolgenden Vorschriften zur Richtschnur.

§. 499.

Gesetzliche Bestimmung: a) über die Gattung des Triebviehes.

Das Weiderecht erstrecket sich, in so weit die politischen und im Forstwesen gegebenen Verordnungen nicht entgegen stehen, auf jede Gattung von Zug-, Rind- und Schafvieh, aber nicht auf Schweine und Federvieh; eben so wenig in waldigen Gegenden auf Ziegen. Unreines, ungesundes und fremdes Vieh ist stets von der Weide ausgeschlossen.

1) Das Weiderecht kann nur auf solche Art ausgeübet werden, daß der Eigenthümer des dienenden Weideplatzes weder an der Substanz, noch an der nach Landesart gewöhnlichen oder durch politische Gesetze gesicherten Cultur und Benützung seines Eigenthumes Schaden leide. Die politischen Gesetze aber ordnen dießfalls an, daß der Viehtrieb auf die Wiesen im Frühjahre gar nicht, zur Herbstzeit aber nicht vor Michaeli vorgenommen und auf nassen Wiesen zu keiner Zeit gestattet werden solle [1]); ferner, daß der Eintrieb des Hornviehes in junge Maißе für die Weiderechts-Eigenthümer so lange verbothen bleibe, als die Gipfel der Maißе durch das Abreißen beschädigt werden können. Eben so ist ihnen der Eintrieb in die Samenwaldungen, welche binnen acht oder zehn Jahren dem Holzschlage unterlegt werden sollen, verbothen; zur Warnung sind Verbothszeichen aufzurichten. Wo das Weiderecht nur auf eine bestimmte Anzahl von

1) Kundmachung vom 13. Jänner 1775; Theres. Gesetzs. 1. B., S. 180.

Hornvieh beschränkt ist, darf der Weiderechtsbesitzer das Befugniß auf eine größere Zahl nicht erstrecken, und noch weniger durch Aufnahme eines fremden Viehes, sey es gegen oder ohne Bezahlung, seine Viehanzahl vermehren [1]).

2) Schon nach den allgemeinen, bey Servituten bestehenden Rechtsgrundsätzen muß der Genuß des Weiderechtes auf den öconomischen Vortheil des herrschenden Grundstückes eingeschränkt werden (§§. 474 u. 485); es werden daher nur jene Gattungen Viehes, welche zum öconomischen Gebrauche dienlich sind, zugelassen. Unter diese gehören: Zug-, Rind- und Schafvieh. Dagegen sind Schweine und Federvieh von dem Weiderechte ausgeschlossen; nur ist der Eintrieb der Schweine in solche Waldungen, wo es ohne Nachtheil für die Erzielung des jungen Nachwuchses geschehen kann, und die nach den Localumständen von dem Forstaufsichts-Personale zu bestimmen sind, zur Benützung der Eichel- und Buchmast in der Art gestattet, daß selber in der Mitte Octobers seinen Anfang nehmen, und mit Ende des Monathes December in jedem Jahre sich endigen soll [2]). Ziegen, welche zwar im Allgemeinen zum Weiden zuzulassen sind, müssen jedoch in waldigen Gegenden entfernt werden.

§. 500.

b) dessen Anzahl.

Hat die Anzahl des Triebviehes während der letzten dreyßig Jahre abgewechselt, so muß aus dem Triebe der drey ersten Jahre die Mittelzahl angenommen werden. Erhellet auch diese nicht, so ist theils auf den Umfang, theils auf die Beschaffenheit der Weide billige Rücksicht

---

1) Waldordnung für Nieder-Oesterreich. Patent vom 1. July 1813, 41. B. S. 10. §§. 16 und 17.

2) Obige Waldordnung §. 13, welche noch folgenden Nachsatz enthält: »Wenn daher Schweine überhaupt, Pferde, Schafe, Böcke, Ziegen (Gaiße) oder Hornvieh über die berechtigte Zahl, wie auch, dafern Hornvieh außer dem erlaubten Bezirke betreten werden, sind dieselben zu pfänden. Kann die Pfändung der Schweine, Schafe, Böcke oder Ziegen (Gaiße) nicht geschehen, so sind dieselben zu erschießen.

zu nehmen, und dem Berechtigten wenigstens nicht gestattet, daß er mehr Vieh auf der fremden Weide halte, als er mit dem auf dem herrschenden Gute erzeugten Futter durchwintern kann. Säugevieh wird nicht zur bestimmten Anzahl gerechnet.

1) In Absicht auf die Zahl des Viehes muß zuerst auf die ausdrückliche Bestimmung oder den verjährten dreyßigjährigen Besitzstand (§. 495) gesehen werden. Ist eine ausdrückliche Bestimmung nicht vorhanden, und war die Anzahl in den verschiedenen Jahren verschieden, so wird aus dem Triebe der ersten drey Jahre, da die Verjährung den Anfang nahm, die Mittelzahl genommen, folglich, wenn z. B. die Zahl erst 80, dann 90, endlich 115 war, auf 96 bestimmt [1]).

2) Erhellet auch diese nicht, so ist zunächst, wie sich der §. ausdrückt, theils auf den Umfang, theils auf die Beschaffenheit der Weide billige Rücksicht zu nehmen, und es darf sohin keine größere Anzahl zugelassen werden, als bey welcher der Weidegrund noch gehörig geschont werden kann, wobey auch auf das Mitweiderecht des Eigenthümers selbst Rücksicht zu nehmen ist. Aber wenn auch dieser natürlichen Beschränkung nicht zu nahe getreten würde, darf doch der Berechtigte keine größere Anzahl weiden, als die er mit dem eigenen gewonnenen Futter zu durchwintern im Stande ist. Diese Regel ist aus der Natur einer Realservitut selbst hergeleitet. Denn da eine solche Dienstbarkeit keiner Person, sondern einem Grundstücke zusteht, so muß der Umfang derselben lediglich durch die Bedürfnisse des herrschenden Gutes bestimmt werden. Wenn nun ein Gut wirthschaftlich benützt werden soll, so muß nothwendig der Viehstand mit dem Futterstande in einer Proportion stehen, und sich nach dem eigenen gewonnenen Winterfutter richten, folglich muß auch nach diesem Verhältniß bey einer uneingeschränkten Huthgerechtigkeit die Anzahl des Viehes bestimmt werden. Dieses ist also

1) Siehe Zeillers Commentar Nr. 1.

hier die Gränzlinie, die nicht überschritten werden darf. Ob übrigens das Vieh dem Berechtigten eigenthümlich angehört, oder ob es nur von ihm in Bestand genommen worden ist, bekümmert den Inhaber des dienstbaren Gutes nicht, wenn er es nur zum Gebrauche und zur Cultur seines Grundstückes hält. Nur keinem Dritten darf der Berechtigte gestatten, sein Vieh mit auf die dienstbaren Felder zur Weide zu treiben. In so fern aber das von dem Berechtigten in Bestand genommene fremde Vieh zur Cultur des Gutes verwendet wird, zu dessen Vortheil die Dienstbarkeit bestellt worden, ist es als zum Viehstand des Gutes gehörig anzusehen, und der Besitzer der dienstbaren Weide ist solches auf selber zu dulden schuldig, so weit es mit dem eigenen auf dem herschenden Gute gewonnenen Futter durchwintert werden kann [1]). Ein solcher Weideberechtigter darf sich also auch der Weide für solches eigenes Vieh nicht bedienen, welches er etwa von anderen eigenthümlichen oder gepachteten Grundstücken durchwintern könnte.

3) Hat eine ganze Gemeinde das Weiderecht, so muß der Besitzer des belasteten Grundstückes auch solches Vieh einzelner Mitglieder zulassen, welches von gepachteten Grundstücken der zur Gemeinde gehörigen Feldflur durchgewintert wird. Denn Gemeinden sind moralische Personen, mithin die ihnen zukommenden Rechte kein individuelles Eigenthum der einzelnen Gemeindeglieder; es kann daher auch das Weiderecht der ganzen Gemeinde nicht anders, als ein Gesammtrecht der Gemeinde betrachtet werden, in welcher Hinsicht es dann gleichgültig wird, wer von den Mitgliedern der Gemeinde das Vieh hält, wenn nur die Heerde der Gemeinde zusammen die mit dem von den gesammten Grundstücken der Feldflur erzeugten Futter auszuwinternde Zahl nicht übersteigt.

4) Das Weiderecht ist zwar der Regel nach eine Feldbienstbarkeit, es kann aber auch ausnahmsweise einem bloßen Hausbesitzer oder Inwohner, welcher zum Behufe seines Gewerbes Vieh hält, eingeräumt worden seyn; in diesem Falle wird

1) Siehe Glück an a. O. S. 173—174.

die Anzahl des auf die Weide zu treibenden Viehes nach Maß des Bedürfnisses bestimmt werden, als der Berechtigte das Vieh zu seinem Hausbedarfe und der Betreibung seines Gewerbes nothwendig hat. In dem Falle, wenn der Berechtigte kein bloßer Inwohner, sondern ein wirklicher Hausbesitzer ist, kann der Zweifel entstehen, ob die bestellte Dienstbarkeit auf die Person des Berechtigten eingeschränkt, oder auch auf die Nachfolger im Hause auszudehnen sey? — Ich unterscheide, ob das von dem Hausbesitzer betriebene Gewerbe, wozu er Vieh zu halten genöthiget ist, ein radicirtes sey, oder nicht. Im ersteren Falle macht das Gewerbe einen Theil des Hauses selbst aus, und die Dienstbarkeit dienet sohin zur besseren Benützung des Hauses selbst, weßhalb sie als eine Grunddienstbarkeit anzusehen ist. Ist aber das Gewerbe ein bloß verkäufliches oder gar persönliches, dann ist sie auf die Person des Berechtigten eingeschränkt.

5) Vieh, welches zum Handel bestimmt ist, darf ohne ausdrückliche Bestimmung nicht auf die Weide gebracht werden. Das von der zugelassenen Anzahl gefallene Säugevieh dagegen ist, weil es zum Nachwachse herangezogen werden muß, und während der Säugung wenig oder gar nichts von dem Weidefutter genießt, nicht ausgeschlossen.

§. 501.

c) Trifftzeit.

Die Trifftzeit wird zwar überhaupt durch den in jeder Feldmarke eingeführten unangefochtenen Gebrauch bestimmt; allein in keinem Falle darf der, vermöge politischer Bestimmungen geordnete Wirthschaftsbetrieb durch die Behuthung verhindert oder erschweret werden.

1) Da das Recht einer Servitut überhaupt nicht weiter ausgedehnt werden darf, als es die Natur der Dienstbarkeit fordert (§. 484), da nicht zu vermuthen ist, daß der Eigenthümer eines mit der Weide belasteten Gutes die Fruchte oder die ordentliche Cultur desselben aufgeben wolle, und selbst die Ge-

setze des Staates einen solchen Mißbrauch des Weiderechtes zum Abbruch der Oeconomie nicht dulden können, so gibt es *geschlossene Zeiten*, in welchen das Huthungsrecht nicht ausgeübt werden darf [1]).

2) Wann diese Zeiten ihren Anfang nehmen, und wann sie sich endigen, ist zwar gewöhnlich durch Provinzialgesetze, oder durch rechtliches Herkommen bestimmt; allein es kann sich doch ereignen, daß solche Bestimmungen mangeln, oder wenigstens nicht nachgewiesen werden können. In einem solchen Falle kann sohin in streitigen Fällen die Entscheidung nur aus den aufgestellten allgemeinen Grundsätzen (§. 484) und aus der Analogie hergehohlet werden. Dabey ist vorzüglich auf die Gattung des Weidegrundes, dann auf die Beschaffenheit desselben Bedacht zu nehmen.

3) Ist das Grundstück ein solches, welches sonst gar keinen anderen Zweck und Nutzen hat, als daß es bloß zur Abhuthung dient, außerdem aber ein ganz ödes und unangebautes Grundstück ist, dergleichen man *Haiden* zu nennen pflegt; so kann im Mangel anderer Bestimmungen die zuständige Weideservitut zu allen Zeiten des Jahres ausgeübt werden. In dem Falle hingegen, wenn das dienstbare Gut ein solches Grundstück ist, welches außer der Weidenutzung noch andere Früchte und Vortheile gewährt, die dem Weiderechte nicht unterworfen sind, als wohin Aecker, Wiesen und Waldungen gehören, ist die Weide nur erst von dem Zeitpuncte als offen zu betrachten, wenn die Früchte an allen Stellen des dienstbaren Gutes vollkommen eingeerntet worden sind. Denn es ist nicht zu vermuthen, daß Jemand auf seinen Wiesen und Feldern einem Andern die Huth und Weide habe verstatten, und sich selbst den größeren Nutzen, den jene gewähren, dadurch habe entziehen wollen; vielmehr muß im Zweifel angenommen werden, daß die Huth nicht anders, als mit Vorbehalt der ordentlichen Früchte eingeräumt, und daß daher dieselbe ohne Schaden der Früchte ausgeübt werden müsse. Wendet man diesen hier aufgestellten

1) Aus Zeillers Commentar Nr. 1.

Grundsatz auf die verschiedenartigen Gattungen und Beschaffenheiten der zur Weide bestimmten Grundstücke an, so ergeben sich folgende Resultate:

4) Wiesen sind ganz vorzüglich zur Gräserey und zum Viehfutter bestimmt. Sie werden, in Rücksicht der Benützung, in solche, die nur eine Heuernte zulassen, und in solche eingetheilt, welche eine ein-, zwey- oder wohl gar dreymahlige Abschneidung des Grases gestatten. Jene werden einhauige oder einschürige, diese aber zwey- oder dreyhauige, oder zwey- oder dreyschürige Wiesen genannt. Ist nun

a. die Wiese einhauig, so darf der Besitzer des herrschenden Gutes gleich nach geendeter Heuernte sein Huthrecht ausüben, ohne daß es dem Eigenthümer der Wiese erlaubt ist, sie noch ein Mahl zu mähen, und Nachgras oder Grummet darauf zu ernten;

b. ist die Wiese zweyhauig, so ist dieselbe sogleich nach vollendeter doppelter Benützung für offen zu halten, und der Berechtigte darf nun sein Vieh hüthen. Endlich

c. in Gegenden, wo Wiesen dreymahl gemähet werden, ist die Wiese erst dann für offen zu halten, wenn diese dreyfache Benützung vorüber ist. Es ist demnach die Zeit, wie lange die Wiesen im Herbste oder Frühjahre der Behuthung unterworfen sind, sehr verschieden. Weil jedoch die völlige Wiesenbenützung gewöhnlich um Michaelis vorüber ist, so nimmt die Zeit der Behuthung an den meisten Orten gewöhnlich um diese Zeit ihren Anfang, und dauert bis Walpurgis, mit welchem Tage sodann die geschlossene Zeit eintritt.

5) Aecker werden gewöhnlich auf zwey verschiedene Arten benützt; sie werden nähmlich mit Sommer- und Winterfrüchten bebauet, und im dritten Jahre brach gelassen. Die Behuthung auf Bauackern setzt nun immer eine völlige Brache voraus. Ist diese vorhanden, so hat der Huthungsberechtigte das Befugniß, zur Zeit der Brache sein Vieh auf den dienstbaren Feldern ohne Zeitbestimmung zu weiden, weil die Brache zur Weide dient. Ein Acker ist demnach nur erst dann für offen zu halten, wenn die gewöhnlichen Sommer- und Winterfrüchte

vollkommen eingeerntet und vom Felde geschafft sind. Man nennt diese Art der Weide die Stoppelhuthung. Sollte es zweifelhaft seyn, ob das dienstbare Grundstück nicht ein in jedem Jahre zu bebauender Acker sey, so wird im Zweifel keine Brache zum Vortheil des herrschenden Gutes vermuthet (§. 484 Nr. 3); denn Niemand ist zum Vortheil des Weideberechtigten Brachfelder zu halten schuldig, wenn ihn nicht Gesetz, Vertrag, oder rechtliches Herkommen dazu verpflichten. Endlich

6) In Waldungen kann zwar eine unbestimmt eingeräumte Behuthung zu jeder Zeit ausgeübet werden, doch hängt in hauigen oder schlagbaren Wäldern die Zeit der Huthung vorzüglich von dem Wachsthume ab. Denn die Zeit, wo nach richtigen Forstgrundsätzen der Wald geschont werden muß, ist zu halten, mag auch das Weiderecht noch so uneingeschränkt seyn. Die Zeit der Huthung in Wäldern ist also für jeden Fall wenigstens in so lange für geschlossen zu halten, als noch das Vieh dem jungen Anfluge durch Wegfressen oder Zerbeißen der jungen Lohden schädlich werden kann, oder, wie die Redensart lautet, bis die Blätter der Bäume dem Viehe außer dem Maule gewachsen sind [1]).

7) Ist die Zeit der Huthung durch Vertrag ausdrücklich bestimmt, so muß sich darnach gehalten werden, in so fern nicht die politischen Verordnungen, welche zur Aufrechthaltung der Grundstücke erlassen worden sind, die Willkühr der den Vertrag schließenden Parteyen beschränken.

§. 502.

d) Maß des Genusses.

Der Genuß des Weiderechtes erstreckt sich auf keine andere Benützung. Der Berechtigte darf weder Gras mähen, noch in der Regel den Eigenthümer des Grundstückes von der Mitweide ausschließen, am wenigsten aber die Substanz der Weide verletzen. Wenn ein Schade zu befürch-

1) Siehe Glück an a. O. S. 171—173.

ten ist, so muß er sein Vieh von einem Hirten hüthen lassen.

1) Der Eingang dieses §. ist eine Folgerung des eben (§. 501 Nr. 1) wiederhohlt erwähnten Grundsatzes. Der Berechtigte darf sich daher um so weniger einer Rohr- oder Schilfnutzung, oder eines Verbothes solcher Handlungen anmaßen, die dem Eigenthümer, Kraft seines Eigenthumsrechtes, zukommen, und mit der Weideservitut in keinem Widerspruche stehen.

2) Er darf sich sohin auch in der Regel nicht herausnehmen, den Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes von dem Mitgenusse der Weide auszuschließen; ausgenommen, er könnte darthun, daß ihm der Eigenthümer selbst ein ausschließendes Weiderecht eingeräumt habe, oder daß er sich über die Zeit der Verjährung im Besitze des Verbiethungsrechtes befinde. Durch bloßen Nichtgebrauch hingegen geht das Recht der Mitweide von Seite des Eigenthümers nicht verloren, weil dessen Ausübung, als ein Ausfluß des Eigenthumsrechtes, von der freyen Willkühr des Eigenthümers abhängt. Doch darf der Eigenthümer des belasteten Grundes keine solchen Veränderungen in seinem Wirthschaftsbetriebe oder in Vermehrung seines Viehstandes vornehmen, wodurch der Berechtigte in seinem ordentlichen Weiderechte (§. 500) eingeschränkt würde (§. 484). Tritt aber der Fall ein, daß durch einen Zufall der Ertrag der Weide dergestalt vermindert wird, daß er für beyde Heerden nicht zureicht, so entsteht die Frage, welcher von beyden Interessenten zurückstehen oder seine Heerde vermindern müsse? Hier wird vor Allem von den Rechtsgelehrten unterschieden, ob die Zahl des Viehes, welches der Berechtigte weiden darf, ausdrücklich bestimmt ist oder nicht. Im ersten Falle herrscht beynahe eine Stimme, daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundes dem Huthberechtigten weichen müsse, wenn die Fütterung mangelt. Auch v. Zeiller behauptet das Nähmliche in seinem Commentare. Man sehe es nicht als Unbescheidenheit an, wenn ich meine Bedenken gegen diese Behauptung, die in mir die Ueberzeugung hervorbrachten, daß in diesem Falle das Recht auf beyden Seiten

gleich sey, und sohin beyde ihre Heerden verhältnißmäßig vermindern müssen, hiermit öffentlich darlege.

Es ist bereits schon bey Erläuterung des §. 498 bemerkt worden, daß die Servitut der Weidegerechtigkeit der Regel nach nur eine bejahende sey, und eine ausdrückliche Erklärung dazu gehöre, wenn nebst der affirmativen Servitut auch eine negative gegründet werden sollte. Wenn daher der Eigenthümer eines Grundstückes einem Andern die Servitut der Weidegerechtigkeit dahin einräumet, daß er eine bestimmte Anzahl von Stücken Vieh auf seinem Grundstücke weiden lassen dürfe, so hat er ihm, außer dem Falle einer ausdrücklichen anderweitigen Bestimmung, nur ein bejahendes Servitutsrecht eingeräumt, das durch eine bloß zufällige Ereignung seine Natur nicht ändern kann. Dieses letztere aber würde geschehen, wenn der Eigenthümer dadurch, daß durch zufällige Ereignung der Ertrag der Weide herabgesetzt wird, verhalten werden könnte, zu Gunsten des Servitutsberechtigten zu unterlassen, die bisherige Anzahl Stück Vieh, die er, in Folge seines Eigenthumsrechtes, auf seinem Grunde weiden ließ, ferner auf die Weide zu treiben, und sich sohin eine Beschränkung aufzubürden, die bey Constituirung der Servitut nicht bedungen worden war. Auffallender wird die Sache noch, wenn man bedenkt, daß nach der obigen Behauptung der Rechtsgelehrten die Sache so weit kommen könnte, daß der Eigenthümer von dem Weiderechte ganz ausgeschlossen, und dem Servitutsberechtigten das ausschließende Recht der Weide eingeräumt werden müßte, wenn nähmlich der Ertrag der Weide dergestalt herabgesetzt würde, daß er kaum mehr hinreichte, die bedungene Anzahl der dem Berechtigten gehörigen Stücke mit Futter zu versehen. Da nun dem Servitutsberechtigten nur ein bejahendes Servitutsrecht zustehet, und er sohin nicht fordern kann, daß der Eigenthümer nun anfange, etwas zu unterlassen, was ihm früher, in Folge seines Eigenthumsrechtes, zugestanden ist, so hat letzterer sein Recht nicht eingebüßt, die frühere Anzahl Vieh weiden zu lassen. Er kann aber auch, in Folge der eingeräumten Servitut, dem Berechtigten nicht verwehren, die bestimmte Anzahl auf die Weide zu treiben. Da

aber hierzu die Weide nicht hinreicht, so tritt hier ein ähnlicher Fall, wie bey dem Pfandrechte ein, welches mehreren Personen auf eine Sache dergestalt zustehet, daß unter ihnen kein Vorzug Statt hat. Wird nun aus dem Pfande nicht so viel gelöset, daß aus dem Erlöse Alle befriedigt werden können, so muß sich Jeder einen in Beziehung auf seine Forderung verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen; was sohin auch hier der Fall ist. Bey Bestellung der Servitut stand jedem Theile, sowohl dem Eigenthümer, als dem Huthberechtigten, das Weiderecht zu; dieses Weiderecht ist sohin als eine ihnen beyden gemeinschaftlich angehörige Sache zu betrachten. Wenn nun durch eine zufällige Ereignung an der gemeinschaftlichen Sache ein Nachtheil zugehet, so muß doch dieser Nachtheil beyde treffen, und kann nicht bloß auf Rechnung des einen Miteigenthümers fallen; denn der §. 1311 sagt ja, daß der bloße Zufall denjenigen treffe, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Nun hat sich ja der Zufall hier in einer gemeinschaftlichen Sache, folglich in einem gemeinschaftlichen Vermögen ereignet; er muß sohin auch beyde treffen.

3) In dem anderen Falle, wenn nähmlich die Zahl des Viehes nicht ausdrücklich bestimmt ist, ist zu unterscheiden, ob dieselbe aus dem ruhigen letzten dreyßigjährigen Besitzstande, oder aus dem Triebe der drey ersten Jahre sich bestimmen läßt oder nicht. Im ersten Falle tritt die auf diese Art und Weise berechnete Anzahl an die Stelle der ausdrücklich bestimmten, und es gilt hier das Nähmliche, was oben behauptet worden ist. Kann aber hier die Anzahl des Viehes auf diese Art nicht erhoben werden, so sagt das Gesetz ausdrücklich, es sey vor Allem auf den Umfang und die Beschaffenheit der Weide billige Rücksicht zu nehmen; woraus folgt, daß der Berechtigte nur in so weit das Recht der Mitweide ansprechen könne, als es der Umfang und die Beschaffenheit der Weide gestattet. Geht daher, ohne Verschulden des Eigenthümers, durch einen bloßen Zufall ein Ereigniß vor, wodurch der Umfang der Weide verkleinert, oder die Beschaffenheit derselben verschlechtert wird, so kann dieses nur die Folge nach sich ziehen, daß der Berechtigte sich

bey Ausübung seines Weiderechtes nach dem dermahligen Umfange und der Beschaffenheit der Weide richten müsse, und nur mehr eine solche Anzahl Stücke Vieh auf die Weide bringen könne, als es, ohne den Eigenthümer in der bisherigen Ausübung seines Eigenthumsrechtes zu beschränken, der dermahlige Umfang und die Beschaffenheit der Weide gestattet.

4) Ist das Grundstück, welches zur Weide bestimmt ist, ein solches, welches sonst gar keinen Zweck und Nutzen hat, als daß es bloß zur Abhuthung dient, außerdem aber öde oder unangebaut liegt, so ist nicht zu besorgen, daß das auf der Weide befindliche Vieh einen Nachtheil verursache. Befinden sich aber in der Nähe angebaute Grundstücke, und drohet sohin denselben durch das Vieh eine Gefahr, so ist der Berechtigte verbunden, einen Hirten zu halten, und durch denselben das Vieh hüthen zu lassen, oder sonst hinreichende, dem Eigenthümer nicht lästige Anstalten zur Verhüthung aller durch dasselbe zu verursachenden Beschädigungen zu treffen. Vernachlässigt der Berechtigte diese Obliegenheit, so haftet er für allen und jeden durch das Vieh, auch bloß zufällig angerichteten Schaden.

5) Nach den hier ertheilten Vorschriften ist, wie v. Zeiller bemerkt, auch jenes Weiderecht zu beurtheilen, welches die angränzenden Eigenthümer, um häufigen Streitigkeiten und Pfändungen vorzubeugen, sich wechselseitig (nicht bloß precär) zugestehen. Wird Mehreren das Weiderecht auf dem nähmlichen Grunde gemeinschaftlich bestellt, so ist ihr Verhältniß gegen einander nach den Grundsätzen der Gemeinschaft zu bestimmen (16. Hauptst.). Beyde Arten pflegt man Koppelhüthung zu nennen. Nach diesen Grundsätzen tritt aber die Vermuthung ein, daß ein Mitgenosse so viel Rechte als der Andere habe (§. 539). Es kann mithin keiner der Mitgenossen von dem andern verlangen, daß derselbe bloß die mit selbst erzeugtem Futter durchzuwinternde Viehzahl auf die gemeinschaftliche Weide bringe, sondern die aus einer solchen Einschränkung entstehende ungleiche Theilnehmung muß besonders erworben und hergebracht worden seyn, und wenn die Huthung für die von sämmtlichen Mitge-

nossen gehaltene Viehzahl nicht hinreicht, so ist die Viehzahl aller Mitgenossen in gleichem Verhältnisse zu vermindern. Im Zweifel, ob die Weide in Folge einer Servitut oder eines bloßen Präcariums vorgenommen werde, wird das erstere vermuthet (§. 479).

§. 503.

Anwendung dieser Bestimmungen auf andere Servituten.

Was bisher in Rücksicht auf das Weiderecht vorgeschrieben worden, ist verhältnißmäßig auch auf die Rechte des Thierfanges, des Holzschlages, des Steinbrechens und der übrigen Servituten anzuwenden. Glaubt Jemand diese Rechte auf das Miteigenthum gründen zu können, so sind die darüber entstehenden Streitigkeiten nach den, in dem Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthums enthaltenen Grundsätzen zu entscheiden.

1) Es ist bereits oben erwähnt worden, daß der Gesetzgeber nicht alle möglichen Servituten aufführen konnte und wollte, sondern nur die gewöhnlicheren heraushob; noch weniger konnte er sich aber in eine umständliche Zergliederung der einzelnen Servituten einlassen. Herr Hofrath v. Zeiller gibt nun folgende treffliche Weisung, wie bey Beurtheilung der aus den verschiedenen Servituten entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten zu Werke gegangen werden solle. Es ist nähmlich a) auf die aus der Bestellung (§. 480) hervorleuchtenden Bestimmungen; b) auf die oft schon aus der Benennung sich ergebende Natur einer bestimmten Servitut; c) auf die allgemeinen Grundsätze über Dienstbarkeiten (§§. 482 — 486); dann d) auf die daraus abgeleiteten und auf die, in diesem Hauptstücke vorkommenden Servituten, angewendeten Vorschriften, nach der Analogie oder größeren Aehnlichkeit einer ungenannten mit den hier genannten Servituten; endlich e) auf die politischen Vorschriften, in so fern ihr ausdrücklicher Inhalt, oder doch ihr Grund auf eine solche hier übertragene Dienstbarkeit bezogen werden muß (§§. 6 u. 7),

zu sehen. Um hier die Anwendung dieser gegebenen Weisung zu erleichtern, will ich noch zu mehreren, von dem Gesetzgeber aufgeführten, aber keiner besondern Erörterung unterzogenen Servituten einige Bemerkungen hinzufügen.

2) Zuerst von dem Holzfällungsrechte. Wem das Recht, das benöthigte Holz aus eines Anderen Walde zu nehmen, als eine Grunddienstbarkeit ohne weitere Einschränkung und Bestimmung zukömmt, der ist nicht nur Brenn-, sondern auch Bauholz aus dem Walde zu hohlen befugt, weil eben diese allgemeine Bestellung keinen Anhaltspunct darbiethet, einen der Zwecke, zu dem man Holz benöthiget, auszuscheiden. Dagegen kann das Recht, Rohr und Schilf zu hauen, darunter, dem allgemeinen Sprachgebrauche zu Folge, nicht begriffen werden. Auch schränkt sich dergleichen unbestimmte Holzungsservitut nur auf das Bedürfniß des herrschenden Grundstückes ein, und der Berechtigte kann sich derselben weder zum Verkaufe, noch zum Vortheile anderer Besitzungen, mit denen dieses Servitutsrecht nicht verbunden ist, bedienen (§. 473). Der Berechtigte kann sein Bedürfniß auch nicht für mehrere Jahre voraus nehmen, sondern dasselbe nur für jedes Wirthschaftsjahr besonders fordern (§. 484). Das einem Gute als Grunddienstbarkeit unbestimmt beygelegte Holzungsrecht begreift dessen persönliche Bedürfnisse und die seiner Familie nur dann, wenn er auf dem Gute wohnet, und bereits bey Bestellung der Servitut darauf gewohnt hat, weil er dann seine Bedürfnisse vorzüglich aus dem Gute bezieht, und daher auch schon bey der Bestellung darauf Rücksicht genommen worden ist. Die persönlichen Bedürfnisse des auf dem Gute wohnenden Pächters oder Wirthschaftsbeamten sind darunter allemahl um so mehr begriffen, als selbe als Werkzeuge zur ordentlichen Bewirthschaftung des Gutes erscheinen. — Das Befugniß, Bauholz aus einem Walde zu nehmen, erstreckt sich nur auf dasjenige, was zur Unterhaltung oder Wiederherstellung der zur Zeit der Verleihung des Rechtes vorhanden gewesenen Wohn- und Wirthschaftsgebäude erforderlich ist. Zu neuen Anlagen darf der belastete Wald das Bauholz nicht hergeben; denn das Servitutsrecht ist auf das Bedürfniß des herrschenden Gutes beschränkt;

wenn aber die veränderten Umstände oder die Bedürfnisse des berechtigten Gutes eine Verlegung oder Erweiterung der anfänglich vorhanden gewesenen Gebäude nothwendig machen, so kann auch dazu das erforderliche Bauholz aus dem belasteten Walde genommen werden. Es entsteht hier die Frage: ob derjenige, welcher sein Bauholz aus einem fremden Walde zu nehmen berechtiget ist, auch das, zum Brennen der zu dem Baue erforderlichen Steine und des Kalkes, benöthigte Holz verlangen könne? welche Frage Einige bejahend beantworten zu müssen glauben, weil der Besitzer des Waldes eher dadurch gewinnt als verliert, indem ein massiver Bau länger als ein anderer ohne Reparatur besteht, und also das dazu erforderliche Holz dem Eigenthümer des Waldes verbleibt [1]). Allein da unter dem Ausdrucke „Bauholz" nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nur dasjenige begriffen wird, welches wirklich zum Baue, d. i., um einen Theil des Gebäudes auszumachen, verwendet wird, so kann ich dieser Ansicht nicht beystimmen, sondern muß für die verneinende Beantwortung mich erklären. Findet der Eigenthümer seinen Vortheil dabey, dem Berechtigten zu gestatten, auch das zum Bauen nöthige Brennholz abzugeben, so wird er ohnehin dagegen nichts einwenden; indessen ist dieser Vortheil für keinen Fall ein Maßstab des Rechtes.

3) Das Jagdrecht wird von dem Gesetze selbst unter die Dienstbarkeitsrechte gezählet, und es ist es auch seiner Wesenheit nach, weil dadurch der Grundeigenthümer verbunden wird, zum Vortheile eines Andern in Rücksicht seines Grundes zu dulden, daß dieser auf selbem das Wild hege und füttere, und dasselbe auf dem Grundstücke selbst mit gesammelten mehreren Leuten fange oder schieße, und zu diesem Ende sich auch der Hunde bediene. Indessen hat dieses Recht durch die politischen Verordnungen eine ganz eigenthümliche, von den übrigen abweichende Natur erhalten, und es sind daher nicht alle, für die Servituten aufgestellten Grundsätze auch auf das Jagdrecht anwendbar.

Es ist nähmlich das Jagdrecht, was bey den anderen Servituten nicht ist, ein ganz selbstständiges Recht. Alle übrigen

1) Siehe Dr. Bielitz practischen Commentar zum preuß. Landrechte, 1. B. S. [illegible].

Servitutsrechte gewähren dem Berechtigten nur solche Befugnisse auf eine fremde Sache, welche der Eigenthümer in seiner eigenen, zu Folge seines Eigenthumsrechtes, ausüben darf. Das Jagdrecht ist aber kein aus dem Eigenthumsrechte fließendes Befugniß, d. i. keinem Grundeigenthümer gebührt in Folge seines Eigenthumsrechtes das Befugniß, auf seinem Grund und Boden zu jagen, sondern in so fern ihm dieses Jagdrecht zusteht, gründet es sich auf einen ganz eigenen, von dem Titel zum Eigenthumsrechte auf den Grund und Boden selbst ganz abgesonderten Rechtsgrund. — Sämmtlicher Grund und Boden ist in Bezug auf das Jagdrecht in gewisse Bezirke abgetheilt, die Waldbanner heißen.

Aus diesen Bemerkungen ergeben sich folgende, der Jagdservitut anklebende, und selbe von andern Servituten in wesentlichen Bestimmungen unterscheidende Eigenheiten.

a. Die Jagdservitut ist immer sowohl eine bejahende als verneinende Dienstbarkeit, weil der Eigenthümer des Grundstückes nicht nur den Thierfang auf seinem Grund und Boden dulden, sondern sich auch auf selbem von Ausübung der Jagdbarkeit enthalten muß.

b. Der Titel zur Jagdservitut im Allgemeinen liegt in dem Gesetze. Zwar kann die Jagdgerechtigkeit durch Vertrag, oder letzten Willen an Jemanden übertragen werden; allein dieser Vertrag oder letzter Wille setzt eine bereits schon durch das Gesetz begründete Jagdservitut voraus.

c. Das Recht der Jagdbarkeit ist zwar öfters mit einer unbeweglichen Sache verbunden, und geht daher von einem Besitzer der Sache auf den Anderen über. Allein dieses ist nicht immer der Fall; sehr häufig besteht selbe als selbstständiges Recht, und kann daher nach Belieben an andere Personen, in so fern sie durch die politischen Gesetze nicht vom Besitze der Jagdbarkeiten ausgeschlossen sind, übertragen werden. — Selbst in dem Falle, als es auf dem Gute haftet, ist seine Verbindung mit selbem nicht gleich den übrigen Servituten unzertrennlich (§. 485); es läßt sich von dem herrschenden

Gute sondern, und an ein anderes, oder an eine Person übertragen, ohne daß der Eigenthümer des dienstbaren Grundes dagegen eine Einsprache machen kann.

Die Rechte des Grundeigenthümers, als Servitutspflichtigen, bestimmt das Jagdpatent vom 28. Februar 1786 folgender Gestalt:

d. Jeder Grundeigenthümer ist befugt, seine Gründe, sie mögen inner oder außer den Waldungen und Auen seyn, wie auch seine Waldungen und Auen mit Planken oder Zäunen, von was immer für einer Höhe, oder mit aufgeworfenen Gräben gegen das Eindringen des Wildes und den daraus folgenden Schaden zu verwahren. Doch sollen solche Planken, Zäune und Gräben nicht etwa zum Fangen des Wildes gerichtet seyn. Auch sind bey Gegenden an Wässern alle fünfhundert Schritte in den Planken oder Zäunen Thore zu machen, damit bey großer Anschwellung des Wassers sich das Wild durch dieselben retten könne.

e. Jedermann ist befugt, von seinen Feldern, Wiesen und Weingärten das Wild auf was immer für eine Art abzutreiben. Sollte bey einer solchen Gelegenheit ein Wildstück sich durch das Sprengen verletzen oder zu Grunde gehen, so ist der Jagdinhaber nicht berechtiget, dafür einen Ersatz zu fordern.

f. Auf Saaten, angebauten Grundstücken, von was immer für einer Art, und vor geendigter Weinlese in Weingärten ist weder den Jagdinhabern noch den Jägern erlaubt, unter was immer für einem Vorwande zu jagen, zu treiben, oder nur mit einem Vorstehhunde darauf zu suchen, selbst nicht unter dem Vorwande, den Eyern und Nestern von Fasanen und Rebhühnern nachzusehen.

Wenn ein Jagdinhaber dieses Verboth selbst übertritt, so ist er um fünfundzwanzig Ducaten zu bestrafen, die das Kreisamt einzutreiben, und dem, auf dessen Grunde die Uebertretung geschehen ist, zuzustellen hat. Die gemeinen Jäger aber sollen mit dreytägigem Arreste bey dem Richter der Gemeinde bestraft werden.

g. Alle Wildschäden, sie mögen in landesfürstlichen oder Privat-Jagdbarkeiten an Feldfrüchten, Weingärten oder Obstbäumen geschehen, müssen den Unterthanen nach Maß des erlittenen Schadens sogleich in Natur oder in Geld vergütet werden. Daher alle dergleichen Beschädigungen zur Zeit, da sie noch sichtbar sind und beurtheilt werden können, der Obrigkeit anzuzeigen sind. Die Obrigkeit hat alsdann durch unparteyische Männer aus derselben oder nächsten Gemeinde dieselben schätzen zu lassen, und um deren Besichtigung bey dem Kreisamte anzulangen.

Zu dieser Besichtigung hat das Kreisamt bey landesfürstlichen Jagdbarkeiten den nächsten kaiserlichen, bey Privat-Jagdbarkeiten den Jäger der Herrschaft dieses Bezirkes beyzuziehen, den Betrag des Schadens zu bestimmen, und diejenigen, die die Vergütung zu machen haben, zur Bezahlung anzuhalten.

h. Ueberhaupt soll die Jagdgerechtigkeit nicht verhindern, daß zur Beförderung der Landescultur Jedermann, der in einem landesfürstlichen oder Privatwildbanne Gründe besitzt, dieselben unbeschränkt genießen, folglich darauf Wohnungen und Wirthschaftsgebäude erbauen, die Wildböden von Unkraut und Dornen reinigen, ohne alles Hinderniß abmähen, und sein Vieh darauf zur bestimmten Zeit weiden könne. Nur dürfen bey dieser Benützung des Grundes weder die Waldordnung, noch die Polizey- und Sicherheitsgesetze übertreten werden. Daher muß jederzeit, wenn einzelne Hütten, Häuser oder andere Gebäude in Auen, Waldungen, oder anderen von Dörfern entfernten Ortschaften errichtet werden sollen, der ohnehin bestehenden Verordnung gemäß, die Bewilligung durch das Kreisamt eingeholet werden [1]).

4) Das Recht, auf fremdem Grund und Boden Steine zu brechen, Sand zu graben u. s. w., läßt sich ohne alle Beschädigung des fremden Grundes nicht ausüben; jedoch muß sich der Berechtigte jeder Beschädigung enthalten, die mit der Ausübung der Servitut nicht nothwendig verknüpft ist. Da übrigens demjenigen, welcher ein Recht hat, auch der Gebrauch aller Mittel,

1) Obiges Patent §§. 12 — 16.

ohne die es nicht auszuüben ist, frey stehen muß (§. 496), und derjenige, der sich seines Rechtes innerhalb der gehörigen Schranken bedient, zum Ersatze eines dadurch nothwendig entstandenen Schadens nicht verpflichtet ist (§. 1305), so folgt, daß der Grundbesitzer sowohl die Wege zur Abfuhr der Steine, des Sandes u. s. w. dulden, und sich auch die mit dem Ausgraben derselben verbundene Einbuße des Grundes und Bodens gefallen lassen muß. Auch wird der Eigenthümer des Grundes, nach Analogie des §. 502, von dem Rechte, selbst Steine zu brechen oder Sand zu graben, von dem Servitutsberechtigten nicht ausgeschlossen werden können, wenn dieses nicht ausdrücklich bedungen worden ist, oder letzterer das *ausschließende* Recht hierzu nicht durch Ersitzung oder Verjährung an sich gebracht hat.

5) Wenn aber Jemand sein Recht, einen Grundeigenthümer zu einer Duldung oder Unterlassung anzuhalten, aus einem Miteigenthume ableitet, so kann es nicht nach den Grundsätzen von Dienstbarkeiten, die nur in einem *fremden* Grunde Statt finden (§. 472), sondern muß nach den Vorschriften über die Gemeinschaft des Eigenthums (16. Hauptst.) beurtheilt werden [1]). Nur fragt es sich hier, ob im Zweifel die Vermuthung dafür streite, daß diese Handlungen in Folge eines dem Handelnden zustehenden Eigenthumsrechtes, oder nur in Folge eines demselben zukommenden Servitutsbefugnisses ausgeübet werden? — In denjenigen Landestheilen, wo öffentliche Bücher eingeführt sind, kann hierüber nicht leicht ein Zweifel entstehen, weil dort das Eigenthum unbeweglicher Sachen nur durch die Eintragung in das öffentliche Buch erworben wird, folglich es sich dadurch gleich zeigen muß, ob Jemand dergleichen Rechte als Miteigenthümer oder Dienstbarkeits-Berechtigter ausübe. Der Zweifel kann daher nur eigentlich dort entstehen, wo solche öffentliche Bücher für die Erwerbung des Eigenthumes nicht eingeführt sind. Da im Zweifel immer die Vermuthung für die Freyheit des Eigenthumes streitet, und diesem zu Folge eine Servitut nicht vermuthet wird, so scheint es auch, daß derjenige, welcher allein bisher

1) Zeillers Commentar §. 503, Nr. 2.

Nutzungsrechte einer Sache ausgeübet hat, so lange für deren Eigenthümer gelte, bis ein Anderer sich als Eigenthümer derselben ausweiset; wenn aber ein Nutzungsrecht bisher von mehreren ausgeübt worden ist, so kommt es auf den Umfang desselben an, indem ein uneingeschränktes Nutzungsrecht für ein Kennzeichen des Eigenthums, ein eingeschränktes hingegen bloß für das Kennzeichen einer Servitut angesehen werden muß. In so fern von diesen Mehreren die Nutzungsrechte in gleicher Ausdehnung ausgeübet werden, wird ein Miteigenthumsrecht angenommen werden müssen.

§. 504.

Persönliche Dienstbarkeiten; insbesondere: 1) das Recht des Gebrauches.

Die Ausübung persönlicher Servituten wird, wenn nichts Anderes verabredet worden ist, nach folgenden Grundsätzen bestimmt: Die Servitut des Gebrauches besteht darin, daß Jemand befugt ist, eine fremde Sache, ohne Verletzung der Substanz, bloß zu seinem Bedürfnisse zu benützen.

1) Nachdem der Gesetzgeber die Natur und verschiedenen Arten der Grunddienstbarkeiten und die bey diesen geltenden rechtlichen Bestimmungen abgehandelt hat, gehet er nun auf die persönlichen Dienstbarkeiten über. Die Natur derselben im Allgemeinen, so wie die Unterscheidungsmerkmahle zwischen beyden, sind bereits bey Erläuterung des §. 478 zur Sprache gekommen.

2) Regelmäßige persönliche Dienstbarkeiten sind: das Recht des Gebrauches, die Fruchtnießung und das Wohnungsrecht. Alle drey kommen darin überein, a) daß sie objectiv dingliche Rechte, und zu dem Ende dem öffentlichen Buche in Rücksicht eines dienstbaren Grundstückes einzutragen, und b) daß sie subjectiv persönlich, wenigstens nicht frey vererblich sind. Bey jeder derselben kommen aber wieder einzelne wesentliche Bestimmungen vor, wodurch sie sich dem Begriffe nach von einander wieder unterscheiden. Sie lassen außerdem

verschiedene willkührliche Modificationen in der Bestellung zu; nur dürfen diese weder einem Verbothsgesetze widerstreiten, noch auch können sie die wesentlichen Bestimmungen der Dienstbarkeiten überhaupt, und der persönlichen insbesondere, aufheben. Hier werden nur die wesentlichen und natürlichen Bestimmungen aufgestellt, und zwar zuerst von dem Rechte des Gebrauches.

3) Das Gebrauchsrecht ist ein dingliches Recht, eine fremde Sache, unbeschadet der Substanz, bloß nach Maß des (persönlichen) Bedürfnisses zu benützen. Doch scheint mir die Beschränkung auf das persönliche Bedürfniß des Berechtigten bloß eine natürliche, aber keine wesentliche Bestimmung dieser Servitut zu seyn, weil es gerade im Vordersatze des gegenwärtigen §. heißt, daß die Ausübung persönlicher Servituten, wenn nichts Anderes verabredet worden ist, nach folgenden Grundsätzen zu bestimmen sey. Es kann daher auch der Gebrauch einer Sache über das Maß des Bedürfnisses ausgedehnt werden, jedoch muß dieses durch eine ausdrückliche Verfügung des Bestellers der Servitut geschehen, und es darf dieser Gebrauch nicht auch auf den uneingeschränkten Genuß der Früchte ausgedehnt werden, indem sich dasselbe sonst in die zweyte persönliche Dienstbarkeit der Fruchtnießung umstalten würde.

4) Zur deutlicheren Einsicht in die Natur dieser Servitut mögen nun folgende Betrachtungen dienen. Unter Gebrauch versteht man im Allgemeinen eine solche Benützung einer Sache, wobey nicht nur allein die Substanz derselben unverletzt erhalten, sondern dem Eigenthümer sein Recht auf den Genuß der Früchte nicht geschmälert wird. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus dem §. 971, wodurch der Leihvertrag als derjenige Vertrag erklärt wird, durch welchen Jemanden eine unverbrauchbare Sache zum unentgeldlichen Gebrauche auf eine bestimmte Zeit übergeben wird, und wobey Niemand eine solche Benützung der Sache verstehen wird, welche den Entlehner berechtigte, sich die Früchte und Nutzungen der Sache zuzueignen. So wie aber der Gebrauch einer Sache Jemanden, ohne das Recht auf den Genuß der Früchte, überlassen werden kann, so kann auch umgekehrt Jemanden dieser Genuß ohne das Recht des Ge-

brauches übertragen werden. So z. B. kann Jemanden der Gebrauch einer Stute, um selbe zum Fahren oder Reiten zu benützen, einem Anderen aber die aus selber entstehenden Nutzungen, wenn sie nähmlich Füllen wirft, überlassen werden. In diesem Falle gebührt dem ersteren der bloße Gebrauch der Sache, und dem letzteren die bloßen Nutzungen derselben. Der Gebrauch allein gibt demnach an sich kein Recht auf Früchte, so wie der Fruchtgenuß kein Recht zum Gebrauche, so weit dieser nicht als Mittel, zu jenem zu gelangen, erscheinet. Will ich daher, daß Jemand zur vollen Benützung einer Sache, deren Ertrag nicht allein in Früchten besteht, berechtiget seyn, nicht bloß Früchte genießen, sondern auch sonst die Sache gebrauchen soll, so muß ich ihm beyde Rechte zugleich einräumen. Den Inbegriff dieser beyden Rechte bezeichneten die Römer sehr passend mit dem Ausdrucke: usus fructus. Der österreichische Gesetzgeber bezeichnet nun das nähmliche Rechtsverhältniß, was bey den Römern durch usus fructus ausgedrückt war, durch das Wort Fruchtnießung. Die Servitut des Gebrauchsrechtes sollte sich daher, nach der eigenthümlichen Bedeutung des Wortes „Gebrauch," nur auf eine solche Benützung der Sache beschränken, welcher den Genuß der Früchte ausschließt. Allein schon bey den Römern verloren die Ausdrücke fructus und usus im gemeinen Sprachgebrauche Manches von ihrer ursprünglichen Bedeutung, und die römischen Juristen sahen sich daher genöthiget, bey der Auslegung der Verträge und Testamente dem geltenden Sprachgebrauche nachzugeben, wenn nicht die Absicht derselben vereitelt werden sollte. Dadurch geschah es nun, daß nach und nach durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten in manchen Fällen etwas vom Fruchtgenuß zum Usus mitgerechnet wurde. Die österreichische Gesetzgebung, die an den bisher gangbaren Begriffen ohne Noth nichts ändern wollte, hat daher sehr wahrscheinlich auch aus diesem Grunde bey der Servitut des Gebrauches den eigentlichen Begriff des letzteren erweitert, und die Gränzlinie zwischen Gebrauchsrecht und Fruchtnießung dadurch gezogen, daß sie das erstere auf das Bedürfniß des Berechtigten beschränkte, während sie die letztere auf die unbeschränkte

Benützung der Sache ausdehnte. Hieraus folgt nun aber auch, daß die Einräumung des unbeschränkten Gebrauches, im eigentlichen und strengen Verstande des Wortes, der Wesenheit der Servitut des Gebrauchsrechtes nicht entgegen laufe, und daß, wenn der Besteller der Servitut selbe auf den Gebrauch in eben diesem Verstande einschränken will, er dieses besonders ausdrücken muß, wenn nicht die Natur der Sache selbst, oder die dabey eintretenden Umstände diese Einschränkung mit sich führen.

5) Der Gegenstand des Gebrauchsrechtes, in der Eigenschaft als Servitut betrachtet, ist eine fremde Sache. Diese kann nun beweglich oder unbeweglich, verbrauchbar oder unverbrauchbar, körperlich oder unkörperlich seyn. Herr Hofrath v. Zeiller führt als Beyspiele folgende Gegenstände an: Gebäude, Magazine, Aecker, Waldungen, Hornvieh, Schafe, Reit- oder Wagenpferde, Equipage, Kleidungsstücke, Schmuck, Geld, oder das Jagdrecht, Holzungsrecht u. s. w. Die nähere Erörterung der aus der Servitut des Gebrauchsrechtes, mit Hinsicht auf die verschiedenartigen Gegenstände desselben, fließenden Befugnisse ist der Erläuterung des folgenden §. vorbehalten.

§. 505.

Bestimmung in Rücksicht der Nutzungen.

Wer also das Gebrauchsrecht einer Sache hat, der darf, ohne Rücksicht auf sein übriges Vermögen, den seinem Stande, seinem Gewerbe und seinem Hauswesen angemessenen Nutzen davon ziehen.

1) Der Umfang des Gebrauchsrechtes muß auch hier, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt hat, nach dem oben §. 484 aufgestellten allgemeinen Grundsatze beurtheilet werden. Diesem zu Folge darf der Berechtigte von dem Rechte, welches die Natur und der Zweck der bestellten Dienstbarkeit gestattet, vollen Gebrauch machen. In der Anwendung dieses Grundsatzes auf die Dienstbarkeit des Gebrauches wird also theils auf das Object, theils auf das Subject zu sehen seyn.

2) In Ansehung des Objectes lassen sich nun folgende Fälle unterscheiden. Die Sache, worauf Jemand die Servitut des Gebrauchsrechtes erhalten hat, kann eine solche seyn, welche keine eigentlichen Früchte (fructus naturales) trägt, z. B. ein Haus, ein Gespann Pferde oder Ochsen. Hier hat der Gebrauchsberechtigte das Recht, das Haus zu bewohnen, die in demselben vorhandenen Keller zur Einlagerung der Getränke, des Obstes u. s. w., das Gespann Pferde sowohl zum Ausfahren, als zur Führung von Lasten zu benützen, mit einem Worte, von diesen Sachen einen solchen Gebrauch zu machen, welcher gewöhnlicher Weise damit gemacht wird. Er darf aber die bewohnbaren Theile des Hauses nicht zu einem Magazine, die Pferde nicht zum Wettrennen u. s. w. benützen. Trägt die Sache zwar Früchte, allein ist sie von der Art, daß sie ganz gebraucht werden kann, ohne die Früchte derselben zu percipiren, z. B. es erhält Jemand den Gebrauch von Schafen, Kühen, oder Mutterpferden, so gebührt dem Gebrauchsberechtigten neben dem Rechte des Gebrauches (im strengen Sinne des Wortes) auch das Recht auf die gewöhnlichen Früchte, um welcher Willen solche Sachen gehalten zu werden pflegen. Er kann daher das Vieh nicht nur ad stercorandum benützen, sondern er kann sich auch die Milch der Kühe, so wie die Wolle der Schafe zueignen; aber auf die Jungen scheint er mir keinen Anspruch machen zu können, denn das Werfen der Jungen kann nicht zu den ordentlichen, sondern nur zu den außerordentlichen Nutzungen gerechnet werden. Ist die Sache eine solche, welche gar nicht ohne Früchte benützt werden kann, oder wo wenigstens das Recht des Gebrauches ohne Genuß der Früchte nicht vollkommen wirksam seyn würde, so muß ganz natürlich dem Gebrauchsberechtigten auch der Genuß der Früchte zukommen.

3) In Rücksicht auf das Subject ist das Gebrauchsrecht auf die aus den persönlichen und bürgerlichen Verhältnissen entspringenden Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkt, und es ist, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, zu vermuthen, daß ein Gebrauch von solcher Art und solchem Umfange bewilliget worden sey, welcher der Geburt, dem Stande und der Würde,

dem Familienverhältnisse, dem Hauswesen und dem äußeren Anstande des Berechtigten angemessen ist. Dieses ist auch die wesentliche Eigenschaft, wodurch sich das Gebrauchsrecht von der Fruchtnießung unterscheidet.

4) Wendet man diese Grundsätze auf die verschiedenen Gattungen von Sachen an, die zum Gebrauche bestellt werden, so ergibt sich hieraus, daß bey einigen derselben sich die Servitut des Gebrauches von der der Fruchtnießung gar nicht unterscheide. Dieses ist z. B. der Fall, wenn Jemanden der Gebrauch eines bereits anliegenden Capitals bewilligt wird. Hier kann, nach §. 510, sowohl der Fruchtnießer, als der Gebrauchsberechtigte nur die Zinsen des Capitales fordern. Eine Ausnahme hiervon würde dann eintreten, wenn der Gebrauch des Capitales nur zu einem bestimmten Zwecke verliehen würde, z. B. zum Unterhalt der Kinder. Sterben nun einige derselben, und betragen dann die Zinsen des angelegten Capitales mehr, als zum Unterhalt der übrigen Kinder erforderlich ist, so wäre der Gebrauchsberechtigte rechtlich verpflichtet, das Uebermaß der Zinsen dem Eigenthümer zu überlassen. Wird bares Geld zum Gebrauche überlassen, so kann der Berechtigte nur den seinem Stande oder Gewerbe, oder seinem Hauswesen angemessenen Nutzen davon ziehen; daraus folgt aber auch, daß er dasselbe z. B. nicht zum Ankaufe eines neuen Gewerbes, Hauses oder zu Speculationen, die mit seinem Gewerbe in keiner Beziehung stehen, verwenden dürfe. Wird einem Kaufmanne oder Fabrikanten der Gebrauch eines Magazines gestattet, so kann er seine Kaufmannswaaren, Fabricate, oder die darauf beziehenden rohen Stoffe, Maschinen u. s. w. aufbewahren, aber er würde sein Befugniß überschreiten, wenn er einen Getreide- oder Salzhandel unternehmen, und diese Magazine zur Aufbewahrung des Getreides oder Salzes verwenden wollte. Wird Jemanden der Gebrauch einer Waldung eingeräumt, so kann er daraus so viel Brenn- oder Bauholz forstmäßig beziehen, als seine Gewerbs- und Hausbedürfnisse erfordern, aber er darf davon nichts veräußern. Diese gegebenen Beyspiele sollen dazu dienen, die An-

wendung obiger Grundsätze auf die einzelnen Gattungen Sachen, die zum Gebrauche gegeben werden, zu erleichtern.

§. 506.

Das Bedürfniß ist nach dem Zeitpuncte der Bewilligung des Gebrauches zu bestimmen. Nachfolgende Veränderungen in dem Stande und Gewerbe des Berechtigten geben keinen Anspruch auf einen ausgedehnteren Gebrauch.

Der Gesetzgeber ging bey Erlassung dieser Anordnung, wie aus dem Zeiller'schen Commentare zu entnehmen ist, von dem Grundsatze aus, daß bey Auslegung einer Willenserklärung auf die zur Zeit der Erklärung bestandenen Verhältnisse Rücksicht genommen werden müsse. Nachfolgende wichtige und unerwartete Veränderungen in dem Stande und Erwerbe des Berechtigten geben also keinen Anspruch auf einen ausgedehnteren Gebrauch. Aus diesem Grunde des Gesetzes folgt auch, daß diese Beschränkung nicht auf solche zunehmende Bedürfnisse anzuwenden ist, welche aus natürlichen und gewöhnlichen Ereignissen entstehen, folglich zur Zeit der Bestellung schon vorausgesehen werden konnten. Setzen wir z. B., ein Gewerbsmann habe sein bisher betriebenes Gewerbe mit einem anderen vertauscht, oder zu demselben ein anderes hinzugekauft, so gibt ihm dieses kein Recht auf einen ausgedehnteren Gebrauch. Etwas anderes wäre aber Rechtens, wenn sein bisher betriebenes Gewerb durch seinen eigenen Fleiß und Industrie, oder auch durch zufällige Ereignisse eine größere Ausdehnung erhielte; denn hier kann man eigentlich nicht sagen, daß eine Veränderung in dem Gewerbe des Berechtigten vor sich gegangen sey, denn sie ist nur in der Betreibung desselben, nicht in dem Gewerbe selbst vorgegangen. Werden einem Familienvater noch mehrere Kinder geboren, und vermehren sich daher dadurch auch die Bedürfnisse des Hauses, so begründet diese Veränderung auch für ihn den rechtlichen Anspruch auf einen ausgedehnteren Gebrauch. Denn solche Veränderungen konnten zur Zeit der Bestellung schon vorausgesehen werden.

§. 507.

Bestimmung in Rücksicht der Substanz.

Der Berechtigte darf die Substanz der ihm zum Gebrauche bewilligten Sache nicht verändern; er darf auch das Recht an keinen Anderen übertragen.

1) In Ansehung der Substanz muß man unterscheiden, ob die Sache eine verbrauchbare oder unverbrauchbare sey. Ist sie eine verbrauchbare, so ist es nicht eigentlich die Sache, welche zum Gebrauche überlassen wird, sondern eigentlich ihr Werth (§. 510). In diesem Falle unterliegt daher die beliebige Verfügung mit der Substanz keinem Anstande. Auch werden mit dem Gebrauche einer Sache dem Berechtigten alle nothwendigen Mittel zur Ausübung seines Rechtes (§. 484), und sohin auch die davon unzertrennbare Abnützung z. B., der Kleidungsstücke, verstattet; nur darf selbe in keinen Mißbrauch ausarten.

2) Es ist ein allgemeiner Grundsatz bey Dienstbarkeiten, daß selbe nicht auf eine andere Sache oder Person übertragen werden können (§. 485). Dieser Grundsatz wird um so richtiger auch bey dem Gebrauchsrechte angewendet, als dasselbe nur auf das persönliche Bedürfniß des Berechtigten eingeschränkt ist. Dieses hindert jedoch nicht, daß er an dem ihm zustehenden Genusse zugleich Andere Theil nehmen lassen könne. Vermindert sich aber sein persönliches Bedürfniß, so verringert sich auch das Maß des Genusses. In dem Falle, als er wegen einer unwillkührlichen Veränderung (z. B. Versetzung in einen entfernten Ort) von seinem Rechte (z. B. das nöthige Brennholz in dem Walde zu schlagen) keinen Gebrauch machen könnte, wäre ihm, nach der Behauptung des Herrn Hofrathes v. Zeiller, damit die wohlthätige Absicht des Verleihers nicht verloren gehe, zu gestatten, daß er die Ausübung des Rechtes, jedoch nur in dem Maße und Umfange, als er es selbst hätte ausüben können, auf einen Anderen gegen Abfindung überlasse. Indem ich dieser Meinung des Herrn Hofrathes v. Zeiller voll-

kommen beypflichte, füge ich nur die Bemerkung bey, daß die Ausübung des Rechtes von Seite desjenigen, dem es überlassen worden ist, sich immer nach den Bedürfnissen des Ueberträgers richten müsse. Denn der Verpflichtete kann nicht verhalten werden, sich durch die Uebertragung der Ausübung dieser Servitut an einen Anderen eine größere Last aufbürden zu lassen, als er in dem Falle zu tragen gehabt hätte, wenn der Berechtigte nicht aus der Lage gekommen wäre, von der Servitut Gebrauch zu machen. Es muß daher nicht nur bey Uebertragung des Ausübungs-Befugnisses auf die Bedürfnisse des Ueberträgers Rücksicht genommen werden, sondern es muß die Ausübung des Rechtes bey wegfallenden Bedürfnissen des Ueberträgers auch in der Folge Beschränkungen erleiden.

§. 508.

Bestimmungen in Hinsicht der Lasten.

Alle Benützungen, die sich ohne Störung des Gebrauchsberechtigten aus der Sache schöpfen lassen, kommen dem Eigenthümer zu Statten. Dieser aber ist verbunden, alle ordentliche und außerordentliche auf der Sache haftende Lasten zu tragen, und sie auf seine Kosten im guten Stande zu erhalten. Nur wenn die Kosten denjenigen Nutzen übersteigen, der dem Eigenthümer übrig bleibt, muß der Berechtigte den Ueberschuß tragen, oder vom Gebrauche abstehen.

1) Dem Eigenthümer der dienstbaren Sache bleibt nicht nur die Substanz und Proprietät, es bleiben ihm auch alle jene Benützungen und Verfügungen vorbehalten, wobey das Gebrauchsrecht des Servitutsinhabers bestehen kann. — Unter dieser Beschränkung kann der Eigenthümer Verbesserungen und Veränderungen in der Sache vornehmen; in so fern aber die vorzunehmenden Verbesserungen und Veränderungen auf das fremde Gebrauchsrecht Einfluß hätten, wäre das Nähmliche Rechtens, was in dieser Hinsicht bey Auseinandersetzung der gesetzli-

chen Bestimmungen über die Fruchtnießung gesagt werden wird. Unter dieser Beschränkung kann man auch noch mehreren Personen das Gebrauchsrecht, oder einem Anderen die Fruchtnießung einräumen.

2) Räumt der Eigenthümer, nachdem bereits das Gebrauchsrecht einer Person bestellt ist, dasselbe einer zweyten Person ein, so versteht es sich von selbst, daß diese ihr Recht nur in so weit ausüben könne, als der Erstberechtigte seine Bedürfnisse befriediget hat. Erübriget dann nicht mehr so viel, daß dieser Zweyte den seinem Stande, seinem Gewerbe und seiner Haushaltung angemessenen Nutzen vollständig daraus ziehen könnte, so muß er sich mit dem minderen Betrage begnügen. Er wird aber in sein vollständiges Recht eintreten, sobald das Recht des Ersteren auf was immer für eine Art erlischt. Wird mehreren Personen zugleich das Gebrauchsrecht auf eine Sache bestellt, und können nicht alle jenen Nutzen ziehen, welchen der Gebrauchsberechtigte nach Anordnung des §. 505 daraus zu ziehen berechtiget ist, so haben sich diese mehreren nach Verhältniß ihrer Bedürfnisse in den Gebrauch und den Genuß der Sache zu theilen.

3) Wird nebst dem Rechte des Gebrauches einem Anderen das Recht der Fruchtnießung eingeräumt, so kann sich das Letztere nur auf den Gebrauch und Genuß ausdehnen, der nach Befriedigung der Bedürfnisse des Usuars noch erübriget; und dieses ohne Unterschied, ob erst nach bestellter Servitut des Gebrauches die Fruchtnießung eingeräumt worden ist, oder zugleich mit selber. Denn da das Fruchtnießungsrecht auf eine Sache keine Einschränkung duldet (§. 509), so kann nicht angenommen werden, daß der Besteller dem Fruchtnießer den Fruchtgenuß auf die Sache selbst einräumen wollte, sondern es muß vorausgesetzt werden, daß dieser nur auf jene Nutzungen bezogen werden soll, welche nach gestilltem Bedürfnisse des Usuars erübrigen.

4) In Erwägung, daß bey Bestellung des Gebrauchsrechtes die dem Eigenthümer zukommenden Rechte und Nutzungen gewöhnlicher Weise den in dem Umfange und der Dauer beschränkten Genuß des Gebrauchsberechtigten in solchem Maße überwiegen, daß letzterer kaum in Betrachtung zu ziehen ist,

und daß eine Theilung der Laſten und Koſten zwiſchen dem Eigenthümer und dem Uſuar mit ſchwierigen Berechnungen verbunden iſt, hat hier das Geſetz, um verwickelten Streitigkeiten vorzubauen, angeordnet, daß alle auf der Sache haftende, ordentliche und außerordentliche Laſten und Erhaltungskoſten der Eigenthümer der Sache zu tragen haben ſolle. Hierunter gehören: die gewöhnlichen und ungewöhnlichen Grundabgaben, Reparaturen, Bauführungen u. ſ. w., nicht aber auch der zur Erzielung der dem Berechtigten gebührenden Früchte gemachte Aufwand, der natürlicher Weiſe von dem letzteren getragen werden muß.

5) Daß bey Beſtellung der Servitut eine andere Beſtimmung geſchehen könne, bedarf kaum einer Erinnerung. Das Geſetz ſelbſt macht aber von obiger Regel nur dann eine Ausnahme, wenn die Koſten diejenigen Nutzungen überſteigen, die dem Eigenthümer übrig bleiben. — In dieſem Falle aber ſcheint die Servitut des Gebrauches in die der Fruchtnießung überzugehen, weil hier aller Nutzen, der aus der Sache zu ziehen iſt, dem Uſuar zukömmt, und dieſer ſich ſohin von dem Fruchtnießer nicht unterſcheidet. Es werden in dieſem Falle daher auch die Vorſchriften über Fruchtnießung Platz greifen. In wie fern die bey der Lehre über die Servitut der Fruchtnießung vorkommenden Beſtimmungen in Anſehung der Bauführungen auch auf die Servitut des Gebrauches angewendet werden können, muß der Erläuterung der §§. 521 — 522 vorbehalten bleiben.

6) Uebrigens kann ich hier nicht unterlaſſen, die Bemerkung des Herrn Hofrathes v. Zeiller zu wiederhohlen, daß die Servitut des Gebrauches nach der oben gegebenen Erklärung §. 505, ungeachtet der hier darüber gegebenen Vorſchriften, ſo viel Unbeſtimmtes mit ſich bringe, daß die Beſtellung derſelben viele Streitigkeiten veranlaſſen, und daher nur mit Vorſicht angerathen werden könne, daß der Gegenſtand, dann das Maß und der Umfang derſelben nach den beſonderen Verhältniſſen ſo genau als möglich beſtimmt werde.

§. 509.

2) Der Fruchtnießung.

Die Fruchtnießung ist das Recht, eine fremde Sache mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu genießen.

1) Die zweyte persönliche Servitut ist die Fruchtnießung. Der gegenwärtige §. stellt die Definition derselben auf. Sie ist ein Recht an einer fremden Sache. Das Nutzungsrecht des Eigenthümers, das aus der Natur seines Eigenthumsrechtes entspringt, ist keine Servitut, keine Fruchtnießung im eigentlichen Sinne des Wortes. Die Fruchtnießung ist das Recht, die Sache, mit Schonung der Substanz, ohne Einschränkung zu genießen, d. h. alle mögliche Nutzungen aus der Sache zu ziehen, welche mit Schonung der Substanz daraus gezogen werden können. Dadurch unterscheidet sich die Fruchtnießung von dem bloßen Gebrauchsrechte, wobey der Berechtigte auf sein Bedürfniß eingeschränkt ist. Sie ist das Recht, die Sache, mit Schonung der Substanz, zu genießen. Denn nach geendetem Fruchtgenusse muß die Sache dem Eigenthümer zurückgestellt werden. Dadurch unterscheidet sich die Fruchtnießung von dem Eigenthumsrechte, welches das Befugniß in sich begreift, auch mit der Substanz der Sache nach Willkühr zu schalten.

2) Die Fruchtnießung ist ein höchst persönliches Recht im subjectiven Sinne. Der Fruchtnießer kann zwar die Ausübung seines Rechtes, so lange er lebt, einem Anderen entgeldlich oder unentgeldlich überlassen; allein das Eigenthum des Rechtes der Fruchtnießung kann er Niemanden übertragen. — Könnte er das eigentliche Eigenthum dieses Rechtes einem Anderen überlassen, so würde der Fruchtgenuß nur mit dem Tode des Anderen erlöschen. Allein die Fruchtnießung ist auf die Dauer der Lebenszeit des ursprünglichen Fruchtnießers beschränkt; er kann daher dasselbe auch nur in der Art einem Andern über-

lassen, daß dasselbe mit seinem (des Cedenten) Tode erlösche [1]). Der Cessionär übt das Recht des Fruchtgenusses nur im Nahmen des Cedenten aus. Dadurch, daß der Fruchtnießer sein Recht einem Anderen überträgt, übt er die Fruchtnießung nur auf eine bestimmte Art und Weise aus.

3) Eben aus dem Grundsatze, daß der Fruchtnießer die ihm zum Genusse überlassene Sache ohne alle Einschränkung genießen könne, folgt auch, daß derselbe sich auch die durch die Sache gewonnenen bürgerlichen Früchte zueignen könne. Er kann daher die Sache verpachten, oder vermiethen, und den jährlichen Pachtzins oder Miethgeld dafür erheben; jedoch hat er darauf zu sehen, daß die nutznießliche Sache durch die Bestandgebung keinen Nachtheil leide, und er ist hiefür dem Eigenthümer verantwortlich. Auch kann er ohne Zweifel dem Eigenthümer selbst die Sache in Bestand geben, welcher nun im Nahmen des Fruchtnießers die Nutzungen bezieht, und wie ein anderer Bestandnehmer das Bestandgeld bezahlt. Sollte das nutznießliche Gut zur Zeit des entstandenen Fruchtnießungsrechtes verpachtet seyn, so gehören dem Fruchtnießer auch die laufenden Pachtgelder, wenn selbe nicht ausdrücklich dem Eigenthümer vorbehalten sind. Es hebt jedoch das Nutznießungsrecht, so fern nicht ein Anderes festgesetzt worden ist, oder das Pachtrecht in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, die Pachtung auf. Denn der Fruchtnießer erlangt nicht bloß ein persönliches Recht gegen denjenigen, von dem ihm der Fruchtgenuß übertragen wird, sondern ein dingliches Recht auf die Sache, und kann Jeden, der nicht ein gleiches dingliches Recht hat, von dem Genusse ausschließen. Der Pächter, dessen Recht in den öffentlichen Büchern nicht erscheint, hat aber weder ein seiner Natur, noch seiner Wirkung nach dingliches Recht auf die Sache, sondern nur ein persönliches Recht gegen den Verpächter erworben, und ihm steht daher gegen den Usufructuar kein Klagerecht zu.

---

1) Namquicmit usumfructum, vel cui donatus est, is utitur nomine usufructuarii. Et ideo, si vendidero usumfructum, etiam si emtor non utatur, videor usumfructum retinere. Quia, qui pretio utitur, non minus haberi intelligitur usumfructum, quam qui principali re utitur fruitur. L. 38 et L. 39. D. h. t.

4) Der Fruchtnießer kann auch den Fruchtgenuß verpfänden, und sich dadurch Credit verschaffen. In dieser Hinsicht wird die Verpfändung der Sache zu den Civil-Früchtennutzungen gerechnet. Es ist hierzu die Einwilligung des Eigenthümers nicht erforderlich. Freylich gilt die Verpfändung nur so lange, als das Recht des Fruchtnießers dauert, und es versteht sich von selbst, daß der Gläubiger nur aus den Früchten seine Befriedigung erlangen könne. Endlich

5) kann der Fruchtnießer, wie schon oben gelegenheitlich gesagt worden ist, die Ausübung seines Nießbrauches einem Anderen durch Kauf, Schenkung, oder precario modo überlassen. Das Recht selbst kann er nur dem Eigenthümer übertragen; in diesem Falle erlangt aber dieser nicht die Dienstbarkeit des Fruchtgenusses, sondern nur die Freyheit seines Eigenthums. Die Veräußerung der Fruchtnießung an einen Dritten hat im Wesentlichen keine andere Wirkung, als eine Verpachtung. Die Folge davon ist, daß wenn das Recht des Nutznießers aufhört, der Fruchtgenuß an den Eigenthümer zurückkehrt, als wenn keine Uebertragung geschehen wäre [1]).

§. 510.

In wie fern sie sich auf verbrauchbare Sachen erstrecken könne.

Verbrauchbare Sachen sind an sich selbst kein Gegenstand des Gebrauches oder der Fruchtnießung, sondern nur ihr Werth. Mit dem baren Gelde kann der Berechtigte nach Belieben verfügen. Wird aber ein bereits anliegendes Capital zum Fruchtgenusse oder Gebrauche bewilliget, so kann der Berechtigte nur die Zinsen fordern.

1) Nach dem oben aufgestellten Begriffe kann der Fruchtnießer die nutznießliche Sache nur mit Schonung der Substanz genießen. Diesem zu Folge können verbrauchbare Sachen, deren Genuß mit der Hintangebung oder Vertilgung der Sub-

1) Vergleiche Glück Erläuterung der Pandecten. 9. B., §. 113 — 117.

stanz in wesentlicher Verbindung steht, im eigentlichen Sinne des Wortes zum Fruchtgenusse nicht bestellt werden. Wenn indessen doch solche Sachen zur Fruchtnießung überlassen werden, so ist es nicht eigentlich die Sache selbst, welche zu diesem Ende überlassen wird, sondern nur ihr Werth. Der Fruchtnießer hat daher das Recht, mit solchen Sachen nach Belieben zu verfügen, und erstattet nach geendetem Fruchtgenusse den Werth derselben. Dieses gilt auch von dem Gebrauchsrechte.

2) Unter die verbrauchbaren Gegenstände gehört auch das Geld, in so fern hierunter das Austauschmittel der verschiedenen Sachen verstanden wird. Denn in dieser Eigenschaft läßt sich ein (vernunftgemäßer) Genuß des Geldes nur durch Verausgabung desselben denken. Es kann daher auch der Berechtigte mit dem Gelde nach Belieben verfügen. Bey einzelnen seltenen Geldstücken (Münzen) läßt sich dagegen ein vernünftiger Genuß auch ohne Hintangebung derselben denken. Man pflegt Sammlungen solcher Münzen zur Belehrung und zum Vergnügen zu machen; sie können daher auch von dem Eigenthümer zu einem gleichen Zwecke an einen Dritten übertragen werden, und es ist daher in diesem Falle der Fruchtnießer schuldig, sie in Natur zurück zu geben.

3) Der Genuß von einem bereits angelegten Capital besteht in dem Bezuge der davon entfallenden Zinsen. Der Fruchtnießer hat daher nur ein Recht auf diesen, und muß das Capital selbst unangetastet lassen. Sachen, die durch den Gebrauch zwar abgenutzt, aber nicht sogleich aufgezehrt und veräußert werden müssen, z. B. Kleidungs- und Einrichtungs-Stücke, werden, wie in dem Zeiller'schen Commentare bemerkt ist, in dem Zustande, worin sie sich nach geendeter Fruchtnießung befinden, zurückgestellet, und der Fruchtnießer haftet nur für die ordnungswidrige Abnützung (§. 513).

§. 511.

Rechte und Verbindlichkeiten des Fruchtnießers.

Der Fruchtnießer hat ein Recht auf den vollen, sowohl gewöhnlichen als ungewöhnlichen Ertrag; ihm gehört daher auch die mit Beobachtung der

bestehenden Bergwerksordnung erhaltene reine Ausbeute von Bergwerksantheilen, und das forstmäßig geschlagene Holz. Auf einen Schatz, welcher in dem zur Fruchtnießung bestimmten Grunde gefunden wird, hat er keinen Anspruch.

1) Die Rechte des Fruchtnießers beziehen sich theils auf sein Dispositionsrecht, theils auf den Fruchtgenuß unmittelbar selbst. Die Rechte, welche ihm in erster Beziehung zustehen, wurden bey Erläuterung des §. 509 mitgenommen. Der gegenwärtige §., so wie die darauf folgenden, handeln von den Rechten und Pflichten des Fruchtnießers, die aus der Servitut der Fruchtnießung für ihn in Beziehung auf den Eigenthümer entspringen.

2) Die Rechte, die dem Fruchtnießer in letzterer Hinsicht zustehen, bestehen im Wesentlichen darin, daß er die Hauptsache und deren Zugehör gebrauchen, und alle daraus erzeugten natürlichen, oder durch dieselben gewonnenen bürgerlichen Früchte sich zueignen kann. Demselben gebühren die zur Zeit der entstandenen Fruchtnießung noch stehenden oder hängenden Früchte; denn diese machen, in so lange sie von der Hauptsache nicht abgesondert werden, einen wirklichen Theil derselben aus (§. 295). Ob die Früchte und Nutzungen, welche aus der Sache entstehen, im gewöhnlichen Gange der Natur gegründet seyen oder nicht, darauf kömmt es nicht an.

3) Was den von außen durch die Naturkräfte hinzukommenden Zuwachs betrifft, um welchen die Sache vergrößert wird, so liegt es in der Natur der Sache, daß dem Fruchtnießer derselbe nicht eigenthümlich gehört. Ob ihm aber die Nutzungen dieses Zuwachses gehören, dieses steht in Frage. Nach römischem Rechte wird dießfalls unterschieden, ob der Zuwachs ein solcher ist, der sich nach und nach an das Grundstück ansetzt, und mit demselben so verbunden ist, daß er sich von der Hauptsache nicht unterscheiden läßt (incrementum latens), oder ob er davon abgesondert und unterschieden ist (incrementum patens seu apparens). Nur im ersten Falle, wenn z. B. das nutznießliche

Grundstück durch Allution vergrößert worden ist, wird dem Usufructuar die Nutzung von diesem Zuwachse zugesprochen. In dem letzteren Falle hingegen, wenn z. B. eine Insel auf dem Flusse entsteht, welche der Proprietät zuwächst, hat nach römischen Gesetzen der Usufructuar kein Recht daran. Auch nach österreichischem Rechte muß, obschon das Gesetzbuch keine ausdrückliche Erwähnung davon macht, das Nähmliche behauptet werden. Daß der Fruchtnießer auch von demjenigen Theile der Hauptsache, um den sich die Sache unmerklich nach und nach vergrößert, die Früchte zu genießen das Recht habe, kann wohl nicht bezweifelt werden, eben deßhalb, weil sich der Zuwachs nicht unterscheiden läßt; würde dem Fruchtnießer das Recht abgesprochen, die Früchte dieses Theiles zu beziehen, so müßte ja nothwendig dieser Theil ausgeschieden werden, was nach der Voraussetzung nicht geschehen kann. Entsteht eine Insel auf dem Flusse, so erhalten dadurch die Eigenthümer des einen oder anderen Uferlandes nur einen Anspruch hierauf, und es hängt erst von ihrer Willkühr ab, ob sie denselben auch realisiren wollen oder nicht. In Bezug auf den Fruchtnießer ist es sohin einerley, ob der Eigenthümer auf diese Art, oder durch einen Vertrag diesen Theil des Erdreiches an sich bringt. Das Naturereigniß der Entstehung einer Insel hat nur die Erschaffung eines neuen Rechtes für den Eigenthümer, keineswegs aber die Vergrößerung seines Grundstückes zur unmittelbaren Folge, und es steht sogar kein Hinderniß im Wege, daß der Eigenthümer den an sich gebrachten Antheil der Insel ganz als ein eigenes Corpus im Grundbuche eintragen lassen könne. Ein Aehnliches ist, im Falle des §. 409, bey einem verlassenen Wasserbeete Rechtens. Nur im Falle des §. 412, wenn nähmlich ein merklicher Erdtheil durch die Gewalt des Flusses an ein fremdes Ufer gelegt wird, und der vorige Besitzer sein Eigenthumsrecht binnen Jahresfrist nicht ausübt, könnte ein Zweifel erhoben werden, besonders wenn man meine dort aufgestellte Behauptung, daß der fremde Uferbesitzer das Eigenthum dieses Erdtheiles ohne besondere Besitzergreifung erlange, für wahr annimmt. Allein auch hier ist kein aus dem Gesetze zu entnehmender Grund vor-

handen, warum der Fruchtnießer dadurch, daß der Eigenthümer zu dem zum Fruchtgenusse bestimmten Grunde theils durch die Hände der Natur, theils durch die Unterlassung des früheren Eigenthümers das Eigenthum eines neuen angränzenden Grundstückes erhält, das Recht erlangen soll, seinen Fruchtgenuß auch auf das benachbarte Grundstück auszudehnen.

4) Aus dem aufgestellten Satze, daß der Fruchtnießer die nutznießliche Sache ohne alle Einschränkung genießen könne, folgt auch, daß ihm die zur besseren Benützung derselben constituirten Servituten zu Guten kommen müssen. Ihm gebührt daher die Jagd, der Vogelfang, die Fischerey sowohl auf dem eigenen, als dem fremden Grundstücke, in so fern die letztere Servitut nicht bloß zum persönlichen Vergnügen des Eigenthümers, sondern zur besseren Benützung des Grundstückes selbst constituirt worden ist. Sind Thiergärten oder Fischteiche auf dem nutznießlichen Gute, so hat zwar der Fruchtnießer auch davon den Nutzen, allein er muß von jeder Art und Gattung so viel Stück am Ende restituiren, als er beym Anfange seiner Fruchtnießung gefunden hat. Denn das Wild in einem Walde, und die Fische in einem Teiche werden zur Substanz der Sache gerechnet (§. 293), welche er durch seine Handlungen nicht verschlechtern darf.

5) Dem Fruchtnießer gehören sowohl die ordentlichen Früchte, welcher wegen man sich eine Hauptsache dieser Art zu erwerben sucht, und die periodisch wieder zurück zu kehren pflegen, als auch die außerordentlichen. Ihm gehört das in dem Walde forstmäßig, d. i. mit Beobachtung der zur Schonung der Substanz bestehenden Forstgesetze geschlagene Holz, und zwar ohne Unterschied, ob der Fruchtgenuß nur überhaupt an dem Grundstücke, bey welchem ein Wald befindlich ist, oder ob nahmentlich derselbe von einem Walde oder Forste eingeräumt worden ist, wenn er nur überhaupt zum ordentlichen Holzschlage, und nicht bloß zum öconomischen Gebrauche bestimmt ist, oder überhaupt auch von einem guten Haushälter zum ordentlichen

Holzschlage benützt werden kann [1]). Der Fruchtnießer darf daher sowohl zum Verbrennen, als zum Verkaufe, oder anderweitiger Benützung Holz fällen. Ihm gehören auch die unterirdischen Erzeugnisse, und deßhalb auch die von dem Gesetze ausdrücklich, mit Beobachtung der bestehenden Bergwerksordnung erhaltene reine Ausbeute von Bergwerksantheilen, und zwar das Eigenthum, nicht bloß die Fruchtnießung hiervon. Da der Fruchtnießer ohne Zweifel berechtiget ist, alle möglichen Nutzungen aus der Substanz zu beziehen, welche ohne Verschlimmerung derselben bezogen werden können, so ist er nicht auf die Benützung der bereits bestehenden Stein- und Metallgruben beschränkt, sondern er darf auch neue Gruben eröffnen, so fern durch Anlegung derselben das Grundstück nicht verschlechtert wird.

6) Ein Schatz ist keine Frucht, kein Zugehör oder Zuwachs; darauf hat also der Fruchtnießer kein Recht, auch gebührt ihm weder ein Antheil an der Substanz, noch an den Nutzungen desselben. Die Rechte des Fruchtnießers sind nicht mit denen eines Nutzungseigenthümers zu vermengen. Findet er den Schatz selbst, so fällt es in die Begriffe, daß ihm der dem Finder zukommende Antheil gebühre.

7) Der Eigenthümer kann zwar, vermöge des Proprietätsrechtes, alle nothwendigen Mittel zur Erhaltung der Substanz anwenden, aber keine Handlung eigenmächtig vornehmen, wodurch der Fruchtnießer an dem vollen Genusse verhindert oder gefährdet würde. Er darf keine Veränderungen in der Hauptsache mit Hemmung oder zum Abbruche der Qualität oder Quantität der Fruchtnießung vorkehren; das angelegte, zum Fruchtgenusse bestimmte Capital ohne Nothwendigkeit nicht aufkündigen, um so weniger dasselbe bey sich oder einem Anderen ohne gesetzmäßige Sicherstellung anlegen; keine Bauführung ohne Noth vornehmen (§. 516), keine dem Grunde zustehende Servitut erlassen, noch eine neue demselben, zum Abbruche des Fruchtnießers, auflegen [2]). Ist die Servitut des Fruchtgenusses in den

1) Nach römischem Rechte darf im ersteren Falle der Usufructuär aus dem Forste nur so viel Holz schlagen, als er zum Nutzen des Grundstückes nothwendig braucht.

2) Siehe Zeillers Commentar §. 511, Nr. 6.

öffentlichen Büchern eingetragen, so kann eine nachträglich bestellte Servitut dem Fruchtnießer keinen Eintrag thun; ist aber dieses der Fall nicht, so ist der Eigenthümer dem Fruchtnießer hiefür verantwortlich. Hätte aber derjenige, welchem die Servitut nachträglich bestellt worden ist, von der überlassenen Fruchtnießung Kenntniß gehabt, so hätte auch hier dasjenige zu gelten, was bey Erläuterung des §. 443 gesagt worden ist. Der Eigenthümer kann auch die Hauptsache veraußern, jedoch nur mit der ihr anklebenden Last der Fruchtnießung; jedoch kann er in dem Falle, wenn diese Last in den öffentlichen Büchern nicht eingetragen ist, nicht dafür verantwortlich gemacht werden, wenn er den Uebernehmer der Hauptsache nicht ausdrücklich von der bestehenden Fruchtnießung in Kenntniß gesetzt hat, weil der Servitutsverpflichtete nur zu einer Duldung oder Unterlassung, keineswegs aber auch zu einer positiven Leistung verbunden ist. Es ist die Sache des Fruchtnießers, die Einverleibung seines Servitutsrechtes in die öffentlichen Bücher zu erwirken, und dadurch sein Recht auch gegen künftige Eigenthumsnachfolger zu sichern.

§. 512.

Insbesondere: a) in Rücksicht der auf die Sache haftenden Lasten.

Als ein reiner Ertrag aber kann nur das angesehen werden, was nach Abzug aller nöthigen Auslagen übrig bleibt. Der Fruchtnießer übernimmt also alle Lasten, welche zur Zeit der bewilligten Fruchtnießung mit der dienstbaren Sache verbunden waren, mithin auch die Zinsen der darauf haftenden Capitalien. Auf ihn fallen alle ordentlichen und außerordentlichen von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten, in so fern sie aus den, während der Dauer der Fruchtnießung gezogenen Nutzungen bestritten werden können; er trägt auch die Kosten, ohne welche die Früchte nicht erzielet werden.

1) Diese Vorschrift gründet sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bereits bemerkt hat, nicht nur in der allgemeinen Rechtsregel, daß der, welcher allen Nutzen aus der Sache zieht, auch die damit verbundenen Lasten tragen müsse; sie gründet sich auch in der Natur der Servituten überhaupt (§§. 482 u. 483) in dem Begriffe der Fruchtnießung und des reinen Ertrags, wie auch in der Absicht des Bestellers, der zwar auf allen Gewinn aus der Sache Verzicht thut, aber darum sich oder seine Erben nicht noch überdieß positiven Lasten unterziehen will.

2) Diesemnach übernimmt der Fruchtnießer alle Lasten, welche schon zur Zeit der Bestellung auf der Sache haften, wie die eingetragenen Servituten, Unterhaltsgelder, welche ausdrücklich aus den Früchten des nutznießlichen Gutes zu bezahlen angewiesen sind, besonders aber die Zinsen der in das öffentliche Buch eingetragenen, folglich auf der zur Fruchtnießung bestimmten Realität haftenden Captalien. Denn die Früchte einer zum Pfande gegebenen Sache scheinen vorzüglich dazu bestimmt, die Interessen der darauf eingetragenen Capitalien zu bestreiten. Darum ist auch, wie bey Erläuterung des §. 457 vorgekommen ist, der Sequester besonders angewiesen, vor Allem die Zinsen der priorirten Capitalien aus den Einkünften des Gutes nach ihrer Rangordnung zu bezahlen. Die Zahlung des Capitals selbst liegt dem Eigenthümer ob. Doch steht dem Gläubiger frey, die Execution auf die Früchte des Gutes zu ergreifen, und sohin nicht bloß wegen der Zinsen, sondern selbst wegen des Capitals die Sequestration des nutznießlichen Gutes zu begehren. Denn dieses dem Gläubiger schon vor bestellter Fruchtnießung zustehende Recht kann ihm durch die später eingetragene Fruchtnießung nicht genommen werden. Geschieht nun dieses wirklich, so entsteht die Frage, ob und in wie weit der Eigenthümer dem Fruchtnießer hiefür eine Entschädigung zu leisten schuldig sey? — Ich glaube, daß der Eigenthümer dem Fruchtnießer nur jene Beträge zu erstatten verpflichtet sey, welche aus den von dem Sequester eingehobenen Einkünften zur wirklichen Bezahlung des Capitals verwendet werden. Zu einer weiteren

Schadloshaltung wegen des durch diese von dem Gläubiger erwählte Executionsart entbehrten Fruchtgenusses scheint er nicht gehalten. Daß der Eigenthümer dem Fruchtnießer die erwähnte Vergütung leisten müsse, kann keinem Zweifel unterliegen, da aus seinem Vermögen Zahlungen geleistet werden, welche dem Eigenthümer zu bestreiten obgelegen wären; eine weitere Entschädigung ist ihm aber der Eigenthümer darum nicht zu leisten schuldig, weil der Fruchtnießer alle Lasten übernimmt, welche zur Zeit der bewilligten Fruchtnießung mit der dienstbaren Sache verbunden waren. Unter diese Lasten gehört auch das dem Gläubiger zur Sicherheit des Capitals zustehende Pfandrecht, und daher muß sich auch der Fruchtnießer die aus diesem Pfandrechte hervorgehenden Folgen gefallen lassen. Hätte der Fruchtnießer sein Recht dem öffentlichen Buche nicht einverleiben lassen, so würde er den später, d. i. nach bestellter Fruchtnießung, eingetragenen Gläubigern mit den Nutzungen haften (§§. 443 u. 457), und es bliebe ihm nur der Rückersatz wider den Eigenthümer vorbehalten. Der Glaubiger ist jedoch nicht verpflichtet, sich wegen Bezahlung der Interessen an den Fruchtnießer zu wenden, sondern kann sich an den Eigenthümer der Sache, in so fern er der Personalschuldner selbst ist, halten, in welchem Falle dann der Nutznießer dem Eigenthümer den Ersatz zu leisten hätte.

3) Der Fruchtnießer übernimmt ferner alle ordentlichen und außerordentlichen von der Sache zu leistenden Schuldigkeiten, wie den Grundzins, die Grundsteuern, die darauf ausgeschriebenen Lieferungen oder Kriegslasten u. dgl. Kann er jedoch nachweisen, daß die entrichteten Schuldigkeiten alle während der Dauer seines Nießbrauchs gezogenen Nutzungen überstiegen haben, so ist er befugt, die Vergütung dieses Ueberschusses von dem Eigenthümer zu fordern, der sie ihm auch in so weit zu leisten verbunden ist, als er nicht zu erweisen im Stande ist, daß der geringere Ertrag in dem Verschulden des Fruchtnießers gegründet sey.

4) Vorzüglich müssen aber von dem Fruchtnießer die zur Erzielung des ihm zukommenden Genusses aufgewendeten Kosten

getragen werden. Was hinsichtlich der zur Erhaltung und Verbesserung der Substanz aufgewendeten Kosten Rechtens sey, wird in den §§. 514 u. 517 vorkommen. Uebrigens können durch Uebereinkunft oder letzte Willensanordnung des Erblassers diese hier aufgeführten Lasten dem Fruchtnießer auf mancherley Art erleichtert werden.

§. 513.

b) In Hinsicht der Erhaltung der Sache.

Der Fruchtnießer ist verbunden, die dienstbare Sache als ein guter Haushälter in dem Stande, in welchem er sie übernommen hat, zu erhalten, und aus dem Ertrage die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen zu besorgen. Wird dessenungeachtet der Werth der dienstbaren Sache bloß durch den rechtmäßigen Genuß ohne Verschulden des Fruchtnießers verringert, so ist er dafür nicht verantwortlich.

1) Dem Fruchtnießer ist zwar der vollständige Ertrag und Genuß der Sache überlassen, in so weit er mit Schonung der Substanz aus der Sache gezogen werden kann; er darf aber daher mit der Sache nichts unternehmen, wodurch dieselbe in ihrer Substanz verschlimmert würde. Diese Verpflichtung der Unterlassung aller auf dieselben nachtheilig einwirkenden Handlungen fließt schon aus dem, §. 509 aufgestellten, Begriffe der Fruchtnießung selbst. Das Gesetz geht aber hier weiter, und verpflichtet selbst zu positiven Handlungen, die er der Substanz der Sache wegen zu unternehmen hat. Er hat nähmlich die Sache ihrer Bestimmung nach als ein guter Haushälter zu gebrauchen, und ist verpflichtet, die Sache in dem Zustande, in welchem er sie übernommen hat, wieder zurück zu stellen.

2) In Folge dessen muß der Fruchtnießer besorgt seyn, daß die zur Fruchtnießung gegebene Sache (was vorzüglich bey beweglichen Sachen zu beachten ist) nicht durch einen Gebrauch, der bey Bestellung der Fruchtnießung nicht bezielet worden ist,

oder durch Verwahrlosung, ohne den Eigenthümer auch nur auf den allmähligen Untergang der Sache aufmerksam zu machen, verschlechtert, und ihrem gänzlichen Untergange zugeführet werde. Treten wirklich selbst durch Zufall herbeygeführte Beschädigungen ein, z. B. das Dach des zum Fruchtgenusse bestimmten Hauses würde von einem Sturmwinde zerrissen, oder hätte durch das Alter des Materials hie und da Lücken bekommen, so ist der Fruchtnießer verbunden, die Herstellung und Ausbesserung desselben aus den Erträgnissen der Sache zu besorgen. Aus der Anordnung dieses §., daß der Fruchtnießer die Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen aus dem Ertrage zu besorgen habe, folgt zugleich, daß, wenn diese Herstellungen den Ertrag übersteigen, er den Ueberschuß von dem Eigenthümer ansprechen könne. Dabey wird vorausgesetzt, daß die Herstellungen durch den ordentlichen Gebrauch der Sache oder durch zufällige Beschädigungen nothwendig geworden sind, denn sind sie durch Verschulden des Fruchtnießers herbeygeführt worden, weil er z. B. gleich anfänglich die mit geringeren Kosten zu unternehmende Reparatur vernachläßiget hat, so liegt dem Fruchtnießer die Herstellung selbst aus eigenem Vermögen ob. Was durch Alterthum einfällt, braucht er nur in so weit herstellen zu lassen, als durch diesen Einfall auch das übrige Gebäude Schaden leiden könnte. Denn, wenn auch das Gesetz sagt, daß der Fruchtnießer die Sache in dem Stande, in welchem er sie übernommen hat, wieder übergeben müsse, so kann darunter nicht verstanden werden, daß sich die Sache nach geendeter Fruchtnießung auch noch in dem nähmlichen Alter befinden müsse. Wenn nun in dem Ausdrucke: „vorigen Zustande" das vorige Alter nicht begriffen seyn kann, so kann der Fruchtnießer für eine Verschlimmerung, die aus der Veralterung nothwendig hervorgehet, nicht verantwortlich seyn.

3) Was von der Hauptsache gesagt wird, gilt auch, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller bemerkte, von solchen Pertinenzstücken, die von einem guten Haushälter zur Erhaltung und fortdauernden Nutzbringung bestimmt sind. Daher kann der Fruchtnießer einzelne, auf Aeckern oder Wiesen stehende Hol-

stämme sich nicht zueignen, und selbst einen Wald, der nicht zum ordentlichen Holzschlage, sondern nur zum nöthigen ökonomischen Gebrauche bestimmt ist, nur zu eben diesem Zwecke und in eben dem Maße benützen. Es hat zwar den äußeren Anschein, als ob diese Behauptung mit der Anordnung des §. 509 im Widerspruche stünde, da diese dem Fruchtnießer das Recht einräumt, eine fremde Sache ohne Einschränkung zu genießen, und sohin alle möglichen Nutzungen daraus zu ziehen, worunter auch die Fällung der Bäume in einem Walde gehört. Allein hier würde der uneingeschränkte Genuß der Früchte in eine Verschlechterung der Substanz selbst ausarten, und eine solche Einschränkung muß sich daher der Fruchtnießer selbst nach §. 509 gefallen lassen.

4) Ist Jemanden der Fruchtgenuß einer Gesammtsache, z. B. einer Heerde Vieh, eines Waarenlagers u. s. w., welche auf den Wechsel der einzelnen Stücke berechnet ist, eingeräumt worden, so kann er sich die einzelnen Stücke in so fern zueignen, als er sie wieder mit anderen ersetzet. Der Fruchtnießer ist nach geendetem Fruchtgenusse dem Proprietär nur eben so viel Stücke in gleicher Anzahl und in gleichem Werthe zu ersetzen schuldig. Was durch unabwendliche Unglücksfälle zu Grunde geht, ersetzt er nicht.

5) Ueberhaupt haftet der Fruchtnießer nur für solche Verringerungen der Sache, die entweder durch Veräußerung, oder durch sein Verschulden entstanden sind; dagegen ist er für jene, die durch bloßen Zufall, z. B. das Alterthum, Windbrüche an Holz, oder selbst durch rechtmäßigen Gebrauch, besonders an abnutzbaren Gegenständen, wie z. B. Geräthschaften, Kleidungsstücken entspringen, nicht verantwortlich.

§. 514.

c) In Hinsicht der Bauführungen.

Wenn der Eigenthümer Bauführungen, die durch das Alter des Gebäudes oder durch einen Zufall nothwendig gemacht werden, auf Anzeige des Fruchtnießers auf seine Kosten besorgt, ist ihm

der Fruchtnießer, nach Maß der dadurch verbesserten Fruchtnießung, die Zinsen des verwendeten Capitals zu vergüten schuldig.

1) Was in dem vorigen §. von Bauführungen erwähnt worden ist, beschränkt sich nur auf jene, welche unter der Benennung „Hausreparaturen" begriffen zu werden pflegen. Der gegenwärtige §. redet aber hier von solchen Bauführungen, die a) in einer gänzlichen neuen Herstellung, oder in einer dem Fruchtnießer nicht obliegenden Hauptreparatur (§. 513); b) in der Errichtung eines nothwendigen Gebäudes (denn von Herstellung eines bloß nützlichen Gebäudes ist §. 516 die Rede) bestehen, und c) die durch Alterthum oder sonstigen Zufall, z. B. Wetterschlag, veranlaßt worden sind. Denn wird eine Bauführung durch ein Verschulden des Proprietärs oder Fruchtnießers veranlaßt, so hat der Schuldtragende hiefür zu haften. Den Zufall ist der Fruchtnießer dem Eigenthümer, in so fern er ihm ohnehin nicht bekannt seyn muß, zuvörderst anzuzeigen verpflichtet; denn es gehört zu den Pflichten eines guten Haushälters, bey zufälligen Beschädigungen denjenigen, dem die Herstellung obliegt, wenigstens darauf aufmerksam zu machen.

2) Eine solche Bauführung nützet beyden, sowohl dem Eigenthümer, als dem Fruchtnießer. Ersterem, weil dadurch die Substanz der Sache verbessert, sohin deren Werth erhöhet wird, letzterem, weil sonst die Sache entweder gar nicht, oder wenigstens nicht vollständig genossen werden könnte. Daher müssen, nach dem §. 483 aufgestellten Grundsatze, beyde die Kosten gemeinschaftlich, und zwar verhältnißmäßig, nach Maßgabe des Jedem dadurch verschafften Nutzens, bestreiten. Da nun der Fruchtnießer aus der Bauführung den Vortheil sogleich, und für die Dauer seines Genusses, der Eigenthümer aber denselben in der Folgezeit bezieht, so bestimmt, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt hat, das Gesetz das Verhältniß in der Art, daß das zur Bauführung erforderliche Capital von dem Eigenthümer geleistet, ihm aber von dem Fruchtnießer jähr-

liche Zinsen nach Maß des dem letzteren bewirkten Vortheiles, vergütet werden.

3) Ueber das Zinsenmaß spricht sich hier das Gesetz nicht aus. Es fragt sich daher, wie viel vom Hundert hier als Zinsen in Anspruch genommen werden können? — Ich glaube, daß von dem Eigenthümer fünf von Hundert, aber auch nicht mehr, des ausgelegten Capitals in Anspruch genommen werden können. Denn da das Gesetz hier von Vergütung der Zinsen spricht, so setzt es offenbar voraus, daß dadurch jener Betrag erstattet werden soll, welchen der Eigenthümer erhalten hätte, wenn er das Capital fruchtbringend angelegt hätte. Nun ist aber die gewöhnliche fruchtbringende Anlegung eines Capitals, daß es gegen pupillarmäßige Hypothekar-Sicherheit gegen Entrichtung 5procentiger Zinsen dargeliehen werde [1]). Man könnte zwar glauben, daß der Fall des §. 995 eintrete, weil hier das Gesetz selbst dem Eigenthümer einen verhältnißmäßigen Ersatz der Zinsen zuspricht, und daher die von dem Fruchtnießer an den Eigenthümer zu entrichtenden Zinsen letzterem aus dem Gesetze gebühren. Allein die Anwendung des §. 995 wäre hier nicht richtig, denn das, was der Fruchtnießer in Folge des gegenwärtigen §. an den Eigenthümer zu bezahlen hat, sind nicht eigentlich Zinsen, sondern nur die Vergütung der Zinsen, welche der Eigenthümer hätte beziehen können, wenn er das Capital fruchtbringend angelegt hätte.

4) Bey Ausmittelung des Verhältnisses, nach welchem dem Eigenthümer die Vergütung dieser 5procentigen Interessen zu geschehen hat, muß vor Allem erhoben werden, wie hoch sich die dem Fruchtnießer dadurch verbesserte Fruchtnießung jährlich am Werthe belaufe? — Wird nun dieser ausgemittelte Werth mit dem jährlichen Zinsenbetrage des auf die Sache verwendeten Capitals verglichen, so zeigt sich, daß jener gegen diesen mehr oder weniger betrage, oder daß sie ganz gleich seyen. Im ersten so wie im letzten Falle werden dem Proprietär die vollen

1) Es kann ja leicht auch der Fall eintreten, daß der Eigenthümer genöthiget ist, bereits fruchtbringend anliegende Capitalien zu diesem Zwecke einzutreiben.

gewöhnlichen Zinsen des ausgelegten Capitals, in dem zweyten Falle aber nur der Betrag des dadurch erhöhten Werthes der Fruchtnießung vergütet. Doch diese Behauptung hat eine nähere Begründung nothwendig. Der gegenwärtige §. enthält nur im Allgemeinen, daß der Fruchtnießer dem Eigenthümer, welcher die Bauführung auf seine Kosten besorgt hat, die Zinsen des verwendeten Capitals, und zwar nach Maß der verbesserten Fruchtnießung, zu vergüten schuldig sey. Aus dieser gesetzlichen Anordnung folgt zwar ganz zweifelsfrey, daß der Fruchtnießer nie mehr, als die Zinsen des verwendeten Capitals zu vergüten schuldig sey. Daß aber in dem Falle, als der Werth der verbesserten Fruchtnießung mehr beträgt, als die Zinsen des von dem Eigenthümer ausgelegten Capitals, oder als jener dem Zinsenbetrage wenigstens gleich kömmt, die vollen Zinsen vergütet werden müssen, ergibt sich aus folgender Betrachtung. Wird ein Schade durch Zufall angerichtet, so hat ihn, nach Vorschrift des §. 1311, derjenige zu tragen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat. Ist nun eine Sache, worauf Einem das Eigenthum, einem Anderen aber die Fruchtnießung zusteht, durch Zufall beschädiget worden, so trifft dieser Zufall sowohl den Eigenthümer als den Fruchtnießer; den Eigenthümer, in so fern dadurch die Substanz der Sache verschlimmert, den Fruchtnießer, in so fern er dadurch in der früheren Ausübung seines Fruchtgenusses beschränkt wird. Da nun jeder aus diesen beyden den Schaden in so weit selbst zu tragen hat, als er ihn betrifft, so hat der Fruchtnießer kein Recht, von dem Eigenthümer zu fordern, daß letzterer ihm durch einen Beytrag seinen Schaden verringere. Dieses würde aber in der That geschehen, wenn der Fruchtnießer im obigen Falle dem Gläubiger nicht die vollen Zinsen vergütete. Nehmen wir z. B. an, es werde durch einen Zufall ein zur Fruchtnießung überlassenes Haus in der Art beschädigt, daß der Fruchtnießer einige Zimmer, für die er bisher einen reinen Ertrag von jährlichen Ein Hundert Gulden bezogen hat, nicht mehr benützen kann. Der Eigenthümer läßt dasselbe wieder in vorigen Stand herstellen, und bedarf dazu eines Capitalaufwandes von Zwey Tausend Gul-

den, wovon die jährlichen Interessen gleichfalls Ein Hundert Gulden abwerfen. Würde nun der Fruchtnießer, der durch die auf diese Art verbesserte Fruchtnießung wieder die früher bezogenen Ein Hundert Gulden gewinnt, verweigern, dem Eigenthümer dieselben zu bezahlen, so würde er dadurch dem Eigenthümer aufbürden wollen, auch jenen Schaden theilweise zu vergüten, welchen er, Fruchtnießer, in seinem Vermögen erlitten hat. Würde er ihm z. B., anstatt Ein Hundert, nur achtzig Gulden jährlich für die verbesserte Fruchtnießung ersetzen, so würde sich der Schade des Fruchtnießers um zwanzig Gulden vermindern, welche Verminderung aber dem Eigenthümer zur Last fiele, da er nicht nur das ausgelegte Capital, sondern auch an den jährlichen Interessen desselben zwanzig Gulden entbehren muß, ohne von der Sache einen Nutzen zu beziehen. Wenn dagegen der Werth der durch die Bauführung verbesserten Fruchtnießung weniger beträgt, als die Zinsen des von dem Eigenthümer ausgelegten Capitals, so darf der Fruchtnießer lediglich diesen Werth vergüten. Würde er mehr zu entrichten angehalten, so würde ihm ein größerer Schade zugehen, als ihm durch Zufall verursacht worden ist.

§. 515.

Kann oder will der Eigenthümer dazu sich nicht verstehen, so ist der Fruchtnießer berechtiget, entweder den Bau zu führen, und nach geendigter Fruchtnießung, gleich einem redlichen Besitzer, den Ersatz zu fordern; oder für die durch Unterbleibung des Baues vermißte Fruchtnießung eine angemessene Vergütung zu verlangen.

1) Der erste Theil des §. bezieht sich, wie Herr Hofrath v. Zeiller in seinem Commentare bemerkt, auf den Fall, wo die Capitalszahlung dem Eigenthümer nur zur Zeit der Bauführung, nicht auch nach geendigtem Fruchtgenusse unmöglich oder lästig fällt. Dann kann der Fruchtnießer den Bau inzwischen auf seine Kosten führen, und er vermißt für den daraus ent-

springenden Vortheil die Zinsen des ausgelegten Capitals. Diese schon in dem Zeiller'schen Commentare vorkommende Bemerkung steht auch in voller Harmonie mit dem, was bey Erläuterung des vorigen §. Nr. 4, in Betreff der Ausmittelung des Verhältnisses, nach welchem die Vergütung der Interessen zu leisten ist, gesagt worden ist. — Würden die Zinsen des zur Herstellung ausgelegten Capitals mehr betragen, als die dadurch erhöhte Fruchtnießung, so könnte der Fruchtnießer dessen ungeachtet keine Vergütung von dem Eigenthümer der Zinsen halber fordern, sondern es ist Sache desselben, vor begonnener Bauführung zu überlegen, ob es nicht für ihn vortheilhafter sey, von dem am Schlusse des gegenwärtigen §. ihm eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen, und die Bauführung gänzlich zu unterlassen.

2) Nach geendetem Fruchtgenusse kann der Fruchtnießer den Ersatz des Aufwandes, gleich einem redlichen Besitzer, von dem Eigenthümer fordern. Er kann sohin in dem Falle, als die Substanz der Sache nicht in dem Maße verbessert worden ist, als die Auslagen des Fruchtnießers zur Herstellung der Sache sich belaufen, nicht die Vergütung der sämmtlich gehabten Auslagen, sondern nur jenes Betrages fordern, um welchen die Sache am Werthe erhöht worden ist (§. 331). Daß indessen der Eigenthümer nicht berechtiget sey, bey der Ersatzleistung dasjenige in Abzug zu bringen, was der Fruchtnießer an Früchten gewonnen hat, liegt am Tage; denn hiefür entbehrt der letztere die Zinsen des ausgelegten Capitals.

3) Zur Vermeidung der Gefahr, bey dem Baue an Capital und Zinsen einzubüßen, bietet das Gesetz dem Fruchtnießer hier noch den Ausweg an, die Besorgung des Baues ebenfalls zu unterlassen und eine der Vermissung des Fruchtgenusses angemessene Vergütung zu begehren. Allein, worin besteht hier die Angemessenheit der Vergütung? Soll der Eigenthümer verbunden seyn, jenen Betrag zu ersetzen, um welchen der Fruchtnießer durch die zufällige Beschädigung der zum Fruchtgenusse überlassenen Sache in seinem Fruchtgenusse verkürzt worden ist? — Eine solche Behauptung stünde nicht nur mit dem geistigen Sinne der §§. 482 u. 483, sondern selbst mit dem klaren Aus-

spruche des §. 1311, dann auch mit der Anordnung des vorhergehenden §., nach welchem der Fruchtnießer dem Eigenthümer, der die Herstellung selbst besorgt hat, für die dadurch verbesserte Fruchtnießung, mit gewissen Beschränkungen, die Zinsen des ausgelegten Capitals zu vergüten hat, im förmlichen Widerspruche. Ich glaube daher, daß man unter der angemessenen Vergütung nur eine solche verstehen könne, welche dem reinen Nutzen entspricht, den der Fruchtnießer bezogen haben würde, wenn der Eigenthümer die Herstellung besorgt hätte. Um das Gesagte deutlicher zu machen, wenden wir das oben §. 514 gegebene Beyspiel auf gegenwärtigen §. an. Kann wohl der Fruchtnießer, wenn der Eigenthümer die Herstellung des Gebäudes nicht besorgt, die vollen Ein Hundert Gulden als Vergütung ansprechen? — Diese Frage muß nach der obigen Bemerkung offenbar verneinend beantwortet werden. — Wie ist nun aber die Vergütung auszumitteln? Es ist durch Sachverständige zu erheben, welcher Kostenaufwand dazu erforderlich wäre, damit die Sache so hergestellt werde, daß der Fruchtnießer wieder in seinen früheren Genuß eintreten könne. Ist dieses erhoben, so ist von dem zur Herstellung erforderlichen Capitale der einjährige Zinsenertrag zu berechnen, und dieser mit dem Betrage, um welchen der Fruchtnießer an den jährlichen Nutzungen zu Schaden gekommen ist, zu vergleichen. Uebersteigt ersterer den letzteren, oder kömmt er diesem gleich, so kann der Fruchtnießer keine Vergütung fordern, indem er für den Fall, als der Eigenthümer die Bauführung wirklich unternommen, ebenfalls keinen Nutzen bezogen hätte, weil er dem Eigenthümer eben so viel an Zinsen hätte ersetzen müssen, als dadurch sein Fruchtgenuß erhöht worden wäre. Fällt aber der Zinsenbetrag geringer aus, wie wenn in dem gegebenen Beyspiele der Capitalsaufwand nur Ein Tausend Gulden, und daher der jährliche Zinsenbetrag nur fünfzig Gulden ausmachte, so muß der Eigenthümer den Rest, hier also fünfzig Gulden, vergüten.

4) Aus der Anordnung dieses §. gehet nun hervor, daß der Eigenthümer eigentlich verpflichtet sey, die Herstellung zu besorgen, denn wenn man diese Verpflichtung des Eigenthümers

nicht annimmt, so könnte auch von dieser Vergütung keine Rede seyn. Die Aufbürdung dieser Verpflichtung ist aber eine kleine Abweichung von dem im §. 482 aufgestellten Grundsatze, nach welchem der Besitzer der dienstbaren Sache nicht verbunden ist, zu Gunsten des Servitutsberechtigten etwas zu unternehmen, und daher auch letzterem für die Unterlassung einer Unternehmung nicht verantwortlich seyn kann. Allein schon der §. 482 spricht diesen Grundsatz bloß als Regel aus, und hat dadurch eben für Ausnahmsfälle einen Platz geöffnet. Der gegenwärtige Ausnahmsfall ist allerdings in der Billigkeit gegründet, weil dem Eigenthümer mehr als dem Fruchtnießer an der Herstellung der Sache gelegen seyn muß, indem er auch im Allgemeinen eher in Stand gesetzt ist, den Aufwand zu bestreiten, da nöthigen Falls die dienstbare Sache zur Aufnahme eines Darleihens als Hypothek bestellt werden kann, während das Recht des Fruchtnießers dazu nicht hinreichend wäre. Aus diesem folgt aber auch, daß, wenn durch die vernachlässigte Herstellung des zu Grunde gegangenen Gebäudes in der Folge dem Gebäude ein neuer Schade zuginge, und der Fruchtnießer in Folge desselben einen neuen Theil der Fruchtnießung entbehren müßte, ihm der Eigenthümer den Werth des entbehrten Theiles derselben vollständig zu ersetzen verbunden wäre.

§. 516.

Bauführungen, welche nicht nothwendig, obgleich zur Vermehrung des Ertrages gedeihlich sind, ist der Fruchtnießer nicht verbunden, ohne vollständige Entschädigung zu gestatten.

1) Will der Eigenthümer Bauführungen bloß zur Verschönerung, oder auch zur Vermehrung des Ertrages vornehmen, und wird dadurch dem Fruchtnießer der Genuß ganz oder theilweise für immer oder auch nur für einige Zeit entzogen, so hat er sich mit dem Fruchtnießer dieserwegen in das Einvernehmen zu setzen, und sich dießfalls mit ihm abzufinden. Denn es liegt schon in der Natur einer Servitut, daß der Eigenthümer

der dienstbaren Sache nichts unternehmen dürfe, was den Berechtigten in der Ausübung seines Rechtes hemmet. Da indessen Servituten nicht erweitert werden dürfen, sondern vielmehr, in so weit es ihre Natur und der Zweck der Bestellung gestattet, eingeschränkt werden müssen (§. 484), so wird von dem Gesetze hier dem Eigenthümer das Recht zuerkannt, solche Bauführungen auch gegen den Willen des Fruchtnießers zu unternehmen, jedoch gegen dem, daß er den letzteren vollständig dafür entschädige.

2) Indessen ist es klar, daß von einer Entschädigung nur dann eine Rede seyn könne, wenn der Fruchtnießer dadurch wirklich einen Nachtheil leidet. Was ist nun in dem Falle Rechtens, wenn die von Seite des Eigenthümers unternommene Bauführung dem Fruchtnießer selbst Vortheile gewähret, indem dadurch sein Genuß erhöhet wird? — Daß der Eigenthümer den Fruchtnießer für die Zeit des entbehrten Fruchtgenusses vollkommen entschädigen müsse, und dasjenige nicht in Abrechnung bringen könne, um was der Fruchtnießer in der Folge dadurch gewinnt, scheint zweifellos. Denn angenommen, daß der letztere dem Eigenthümer in Ansehung des verbesserten Fruchtgenusses zu einem Kostenbeytrage verbunden sey, so sind beyde Forderungen nicht gleich fällig, da sich der Gewinn erst später ergibt, indem der Fruchtnießer bereits durch die gänzliche oder theilweise Entbehrung des Fruchtgenusses beschädigt ist; und zwischen einer fälligen und nicht fälligen Forderung findet eine Compensation nicht Platz (§. 1438). — Kann aber der Eigenthümer in der Folge für den, durch seinen Aufwand dem Fruchtnießer selbst, durch Vermehrung seiner Fruchtnießung, verschafften Vortheil keinen Ersatz ansprechen? — Da das Gesetz hievon keine Erwähnung macht, während es doch in dem gleich folgenden §. ausdrücklich davon redet, was in dem Falle Rechtens sey, wenn der Fruchtnießer ohne Einwilligung des Eigenthümers zur Vermehrung fortdauernder Nutzungen einen Aufwand macht, so scheint allerdings der Fruchtnießer für keinen Fall zu einem Kostenbeytrage verhalten werden zu können, wenn auch dessen Ertrag vermehrt werden sollte.

§. 517.

a) In Hinsicht der Meliorationskosten.

Was der Fruchtnießer ohne Einwilligung des Eigenthümers zur Vermehrung fortdauernder Nutzungen verwendet hat, kann er zurücknehmen; eine Vergütung der aus der Verbesserung noch bestehenden Nutzungen aber kann er nur fordern, in so fern sie ein Geschäftsführer ohne Auftrag zu fordern berechtiget ist.

1) Der Fruchtnießer hat ohne Zweifel das Recht, die Substanz der nutznießlichen Sache, zur Erzielung eines höheren Ertrages, zu verbessern. Jedoch darf er dabey in die Rechte des Eigenthümers, mit der Substanz der Sache seiner Zeit nach Belieben zu verfügen, nicht eingreifen. Da es bey Beurtheilung eines Vortheiles sehr viel auf die Verschiedenheit der menschlichen Neigungen und Zwecke ankömmt, so ist es ganz gewiß, daß nicht jede, dem Fruchtnießer nützliche Anlage und Verbesserung der Sache, auch dem Eigenthümer einen Vortheil gewähret; ja, es kann das, was für den Einen vortheilhaft ist, für den Andern sogar nachtheilig seyn. Es entsteht daher die Frage, welche Verbesserungen der Fruchtnießer ohne Einwilligung des Eigenthümers vornehmen dürfe, und bey welchen er diese Einwilligung von ihm einzuhohlen habe?

2) Bey Beantwortung dieser Frage muß man vorerst bewegliche Sachen von unbeweglichen unterscheiden. Ist die zur Fruchtnießung überlassene Sache eine bewegliche, so muß sie der Fruchtnießer lassen, wie sie ist, und darf sie nur in so weit vervollkommnen, als deren Art und ursprüngliche Bestimmung dadurch nicht verändert wird. So z. B. darf der Fruchtnießer das ihm zum Gebrauch übergebene Reitpferd von einem Bereiter dressiren lassen, aber er darf dasselbe keineswegs dahin abrichten lassen, daß es auch zu einem Wagenpferde gebraucht werden könne, obschon ihm dieser Gebrauch viel vortheilhafter wäre, als wenn es als eigentliches Reitpferd ausgebildet wird.

3) Ist die nutznießliche Sache eine unbewegliche, so kann man, in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte, zwischen Landgütern und Gebäuden unterscheiden. Was a) die Landgüter anbelangt, so steht dem Fruchtnießer gleichfalls keine solche Veränderung frey, wodurch das Gut zu einer ganz anderen Art von Grundstücken, als zu der es bisher gehört hat, umgeschaffen würde; z. B. er darf die Wiese nicht in einen Acker, oder den Acker in ein Wiese verwandeln. Ist das Landgut lediglich zur Gewinnung von Einkünften bestimmt, so ist dem Fruchtnießer erlaubt, manche, wenn gleich nützliche Anlagen, in andere umzuschaffen, in so fern nur die Einkünfte des Gutes wirklich vermehret werden, und auch in sonstiger Hinsicht, z. B. in Beziehung auf die ganze Bewirthschaftung des Gutes, für den Proprietar kein Nachtheil aus dieser Veränderung entsteht [1]). b) Bey Gebäuden beschränken sich die Befugnisse des Nutznießers auf ein bloßes Erhalten dessen, was einmahl vorhanden ist. Neuerungen darf er nicht vornehmen, wenn auch das Gebäude dadurch verbessert würde; nur allenfalls Verzierungen, die immer wieder weggenommen werden können, und nicht Theile des Gebäudes selbst werden, darf er anbringen. — Der Grund des Unterschiedes liegt, meines Erachtens, darin: Bey einem Landgute, das lediglich zur Gewinnung von Einkünften bestimmt ist, erscheinen die einzelnen Theile desselben allein als Mittel zur Erzielung dieses Gewinnes, und nur dieser ist es, welcher sowohl von dem Eigenthümer als dem Fruchtnießer bezielet wird. Hier haben also Eigenthümer und Fruchtnießer ein ganz gleiches Interesse. Nicht so ist es bey Gebäuden; denn eine Einrichtung oder Veränderung in den innerlichen Bestandtheilen, welche dem Fruchtnießer Vortheile verschafft, kann gerade dem Zwecke, den sich der Eigenthümer vorgesetzt hat, zum Abbruche gereichen. Will der Fruchtnießer neue Einrichtungen im Innern des Hauses treffen, so ist es zweifelhaft, ob sie gerade den Familien- und sonstigen Verhältnissen des Proprietars angemessen

1) Siehe Glück an a. O. S. 238 — 239. Ich glaube, dasjenige, was das römische Recht hier ausdrücklich enthält, auch auf das österreichische Recht anwenden zu dürfen, weil beyde Gesetzgebungen von gleichen Grundsätzen ausgehen.

sind. Der Fruchtnießer will vielleicht das Zinsenerträgniß durch Vervielfältigung der Wohnungen vermehren; der Eigenthümer scheuet aber den Zusammenfluß von Zinsparteyen, und hat vielmehr im Sinne, entgegengesetzt die bereits bestehenden Wohnungen in eine einzige große Wohnung umzugestalten. Der Fruchtnießer will durch Vergrößerung des Hauses das Zinsenerträgniß erhöhen; allein der Eigenthümer hat im Sinne, ein Magazinsgebäude an das Haus anbauen zu lassen u. s. w.

4) Hat nun der Fruchtnießer einen Aufwand gemacht, woraus auch der Eigenthümer bey Rückstellung der nutznießlichen Sache einen Nutzen ziehet, so kann er, in so fern er dazu die Einwilligung des Eigenthümers nicht eingeholet hat, und die Verbesserung in einer Sache besteht, die sich von der Hauptsache wieder absondern läßt, selbe als sein Eigenthum zurücknehmen. Läßt sich aber die Verbesserung nicht absondern, so kann er nur in so weit auf einen Ersatz Anspruch machen, als der Geschäftsführer ohne Auftrag hierzu berechtiget ist. Es wären sich daher hier die §§. 1037 — 1040 vor Augen zu halten. Hat der Fruchtnießer mit der fruchtnießlichen Sache Veränderungen vorgenommen, zu denen er, vermöge obigen Grundsätzen, nicht befugt war, und welche die von dem Eigenthümer beabsichtigte Benützung hinderte, so hat er dieselbe ohne Zweifel in den vorigen Stand wieder herzustellen, oder sie wenigstens in der Art herstellen zu lassen, daß der Eigenthümer die Sache zu dem beabsichtigten Zwecke wieder benützen kann. So hätte er z. B. in dem Falle, als er einen Saal untermauern und in kleinere Wohnungsbestandtheile umändern ließ, auf Verlangen des Eigenthümers den Saal wieder, wie früher, herrichten zu lassen.

§. 518.

Beweismittel darüber.

Zur Erleichterung des Beweises der gegenseitigen Forderungen, sollen der Eigenthümer und der Fruchtnießer eine beglaubigte Beschreibung aller dienstbaren Sachen aufnehmen lassen. Ist sie

unterlassen worden, so wird vermuthet, daß der Fruchtnießer die Sache, sammt allen zur ordentlichen Benützung derselben erforderlichen Stücken, im brauchbaren Zustande von mittlerer Beschaffenheit erhalten habe.

1) Aus der Fruchtnießung, vorzüglich einer unbeweglichen Sache, entspringen, wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, wechselseitige Forderungen des Eigenthümers und des Fruchtnießers. Die ersteren gehen dahin, daß die Sache sammt Zugehör, so weit es die ordentliche Benützung gestattet, in dem vorigen Zustande (bey verbrauchbaren Gegenständen im Werthe, §. 510) zurückgestellt; die letzteren, daß dem Fruchtnießer alles, was er eingebracht oder in das Gut verwendet hat, und in Natur zurücknehmen kann, so wie auch das, was er als ein Geschäftsführer an Kosten zu verlangen berechtiget ist (§§. 515 u. 517), geleistet werde.

2) Beyde Forderungen beruhen auf Thatsachen, die nach einem längeren Zeitraume schwer zu erheben und zu beweisen sind. Darum weiset das Gesetz hier beyde an, eine Beschreibung aller dienstbaren Sachen in der Art aufnehmen zu lassen, daß selbe seiner Zeit sowohl für den Einen als für den Anderen als eine vollen Beweis machende Urkunde gebraucht werden könne. Es hat daher sowohl der Eigenthümer als der Fruchtnießer das Recht, auf die Errichtung einer solchen Urkunde zu dringen, und nöthigen Falls auch die gerichtliche Intervention dazu zu erwirken. Der Zweck derselben ist, den Gegenstand der Hauptsache und Pertinenzstücke, dann ihre Güte und Beschaffenheit genau darzustellen, damit bey beendeter Fruchtnießung der dortige Stand mit dem ursprünglichen verglichen werden könne, woraus dann hervorgehet, ob der Fruchtnießer sich als ein guter Haushälter benommen (§. 513), und was er etwa aus eigenem Vermögen zur dienstbaren Sache gebracht, oder in dieselbe verwendet hat. Zur Beurtheilung der Beschaffenheit der Sache wird auch größtentheils die Beyziehung von Sachverständigen nöthig seyn. Es ist räthlich, wenn dabey auch zugleich der Werth

der einzelnen Sachen erhoben und ausgesetzt wird. Die Kosten der Beschreibung sind, da sie beyden Theilen zum Vortheile gereichen, zu gleichen Theilen zu tragen; dagegen wird die hierüber errichtet werdende Urkunde auch ein Eigenthum beyder Theile werden, in so fern sie ohne gerichtliche Intervenirung aufgenommen wird. Ist aber das letztere der Fall, so kömmt natürlich die errichtete Urkunde als ein gerichtliches Instrument zu den Gerichtsacten, und den Parteyen werden auf Verlangen einfache oder beglaubigte Abschriften davon erfolgt; kömmt aber diese Beschreibung bloß außergerichtlich zu Stande, so können zwey gleichlautende Exemplare errichtet, und Jedem eines eingehändiget werden. Wird aber nur ein Document errichtet, so hat keine der Parteyen einen vorzüglichen Anspruch hierauf, und sohin hat Jeder das Recht, auf gerichtliche Depositirung desselben zu dringen.

3) Wird die Beschreibung unterlassen, so tritt die Vermuthung ein, daß die Sache mit den ordentlichen, gewöhnlichen Pertinenzstücken (§§. 294 — 297), und die Hauptsache selbst so wie die Nebensachen im brauchbaren Zustande, und in mittlerer, sohin weder von der besten, noch von der schlechtesten Beschaffenheit übergeben worden seyen. Diese Vermuthung tritt ohne Zweifel auch in dem Falle ein, wenn die errichtete Beschreibung durch einen Zufall in Verlust gerathen wäre. Daß übrigens diese Vermuthung durch Gegenbeweise entkräftet werden könne, bedarf keiner Erwähnung. Wäre hingegen die Urkunde durch Verschulden eines Theiles in Verlust gerathen, und könnte der Inhalt derselben von keinem Theile auf eine andere Art erprobt werden, so ist dem anderen Theile gestattet, denselben zu beschwören (§. 130 der G. O.).

§. 519.

Zutheilung der Nutzungen bey Erlöschung der Fruchtnießung.

Nach geendigter Fruchtnießung gehören die noch stehenden Früchte dem Eigenthümer; doch muß er die auf deren Erzielung verwendeten Kosten dem Fruchtnießer oder dessen Erben, gleich einem

redlichen Besitzer, ersetzen. Auf andere Nutzungen haben der Fruchtnießer oder dessen Erben den Anspruch nach Maß der Dauer der Fruchtnießung.

1) Nach beendeter Fruchtnießung fragt es sich auch, was in Ansehung der aus der Sache bisher gezogenen, oder erst zu ziehenden Früchte (in der weiteren Bedeutung) Rechtens sey. Das Gesetz unterscheidet nun hier zwischen Früchten, im engeren Sinne des Wortes (fructus naturales), und den anderweitigen Nutzungen (fructus civiles), und verfügt, daß die zur Zeit der beendeten Fruchtnießung noch stehenden Früchte, ohne Unterschied, ob sie bereits hätten abgesondert werden können oder nicht, dem Eigenthümer des Grundes gehören, weil sie als ein Theil oder Zuwachs desselben zu betrachten sind. Dagegen fallen die bereits abgesonderten, obgleich noch nicht eingebrachten Früchte (wie z. B. das auf dem Felde liegende Getreide oder Heu, oder das im Walde bereits gefällte Holz) dem Fruchtnießer oder dessen Erben zu. Hiervon machen jedoch jene bereits abgesonderten Früchte eine Ausnahme, welche zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind, indem selbe als ein Zugehör der Sache selbst angesehen werden (§. 296). Doch hat im ersten Falle der Fruchtnießer oder dessen Erben gleich einem redlichen Besitzer (§. 337) das Recht, die auf Erzielung der noch stehenden Früchte verwendeten Kosten in so weit anzusprechen, als selbe den Werth derselben nicht übersteigen.

2) Was die übrigen Nutzungen anbelangt, so muß man die bereits verfallenen von den noch nicht verfallenen unterscheiden. Die bereits verfallenen gehören dem Fruchtnießer oder dessen Erben; die noch nicht verfallenen werden aber zwischen dem Fruchtnießer und Eigenthümer, nach Maß der Dauer der Fruchtnießung, getheilt. Das Gesetz macht zwar ausdrücklich keinen Unterschied zwischen verfallenen und nicht verfallenen Nutzungen; allein dieser Unterschied liegt in der Natur der Sache, indem sonst der Gesetzgeber den Zeitpunct hätte festsetzen müssen, von welchem an die Berechnung des letzten Jahres anzufangen

habe, wie es z. B. bey Vertheilung der Intercalar-Einkünfte einer geistlichen Pfründe der Fall ist. Da nun aber dieses hier nicht geschehen ist, so kann kein anderer Zeitpunct, als der des Verfalls der Nutzungen angenommen werden, von welchem an die Berechnung zu pflegen ist. Setzen wir z. B., die Fruchtnießung ende sich mit erstem Juny. Nun sind einige Nutzungen mit erstem Februar, die andern mit erstem May verfallen, andere verfallen erst mit erstem September. In diesem Falle wird in Bezug auf die ersteren der Fruchtnießer alle bereits verfallenen, und von den noch nicht verfallenen $^3/_4$, in Beziehung auf die zweyten, nebst den bereits verfallenen, von den noch nicht verfallenen $^1/_3$, und von den letzteren die bereits im verflossenen Jahre verfallenen, und nebst diesen $^2/_3$ der noch nicht verfallenen beziehen.

3) Das von diesen Nutzungen Gesagte beschränkt sich jedoch nur auf die beständigen Erträgnisse, welche zu bestimmten Zeiten verfallen, und kann auf unsichere Gefälle, die nur erst für künftig eintretende Ereignungen und Handlungen eingehen sollen, nicht ausgedehnt werden. Die Gerichtstaxen, Mortuarien und Laudemien, die gleichfalls unter die Nutzungen eines Dominiums gehören, sind darunter nicht begriffen. Die Gerichtstaxen werden für die von Seite des Gerichtes vorgenommenen Amtshandlungen entrichtet, und es kömmt sohin lediglich darauf an, in welcher Zeitperiode diese Amtshandlungen vorgefallen sind. Sind selbe noch zur Zeit der bestellten Fruchtnießung vorgenommen worden, so gehören sie dem Fruchtnießer, außer diesem aber dem Eigenthümer. Bey den Mortuarien kömmt es darauf an, ob sich der Todfall des Jurisdictionsholden noch während der Fruchtnießung des Dominiums, oder erst nach der Hand ereignet habe; im ersten Falle gehören sie ganz demjenigen, dem die Fruchtnießung gebuhrte, im zweyten dem Eigenthümer. Ebenso hat das Laudemium entweder der Fruchtnießer, oder der Eigenthümer ganz zu beziehen, je nachdem sich nähmlich der Veränderungsfall während der Zeit der Fruchtnießung, oder nachher ereignet hat; nur ist es hier zweifelhaft, ob in dem Falle, als der Contract, in Folge dessen die Eigenthums-Veränderung vor sich gegangen, noch während der Zeit der

Fruchtnießung abgeschlossen worden, die grundbüchliche Umschreibung aber erst in der Folge, nach geendetem Fruchtgenusse, vor sich gegangen ist, der Bezug desselben dem Fruchtnießer oder dem Eigenthümer zufalle. Da die Rechte der Herrschaften auf den Bezug dieser Gefälle verschieden sind, so muß diese Frage von Fall zu Fall nach der in den verschiedenen Provinzen bestehenden Unterthansverfassung, und den dießfalls bestehenden politischen Vorschriften entschieden werden.

§. 520.

In wie fern der Gebrauchsberechtigte oder der Fruchtnießer zur Sicherstellung verbunden sey.

In der Regel kann der Eigenthümer von dem Gebrauchsberechtigten oder Fruchtnießer nur bey einer sich äußernden Gefahr die Sicherstellung der Substanz verlangen. Wird sie nicht geleistet, so soll die Sache entweder dem Eigenthümer gegen eine billige Abfindung überlassen, oder nach Umständen in gerichtliche Verwaltung gegeben werden.

1) Nach dem gemeinen Rechte muß der rFuchtnießer Caution leisten, daß er die Sache als ein guter Haushälter gebrauchen, und nach Erlöschung seines Rechtes gehörig zurückstellen wolle; und diese Verpflichtung ist so fest gegründet, daß selbst die Verfügung des Testirers bey einem im Testament constituirten Nießbrauche, der Fruchtnießer solle keine Caution leisten dürfen, keine verbindliche Kraft hat [1]). Allein in Erwägung, daß das Gesetz in vielen anderen Fällen, wo Jemanden eine Sache, z. B. durch Hinterlegung, Vermiethung, Verpachtung u. dgl., anvertraut wird, auf keine Caution dringet, und die Fruchtnießung gewöhnlich minder vermögenden Personen verwilliget wird, denen die Cautionsleistung sehr schwer fällt, und dem Besteller ohnehin frey steht, die Caution ausdrücklich zu be-

1) Glück Erläuterungen. 9. B., S. 475 — 476.

dingen, so ist die österreichische Gesetzgebung, in Conformität mit der preußischen, von dieser Vorschrift des römischen Rechtes abgewichen, und hat in diesem §. angeordnet, daß der Eigenthümer der Regel nach von dem Gebrauchsberechtigten oder Fruchtnießer eine Sicherstellung nicht verlangen könne. Hierzu kömmt noch, daß durch das Institut der öffentlichen Bücher der Eigenthümer der zur Fruchtnießung überlassenen unbeweglichen Sache ohnehin gegen eine Veräußerungsgefahr sicher gestellt ist.

2) Eine Ausnahme von obiger Regel begründet fürs erste ganz natürlich der Fall, wenn die Cautionsleistung von dem Besteller ausdrücklich bedungen wurde, und auf diese Ausnahme scheint auch der gegenwärtige §. durch die Eingangsworte hinzudeuten; die andere Ausnahme ist im §. selbst enthalten, wenn sich nähmlich eine Gefahr äußert, daß der Fruchtnießer die Sache veräußern, oder wenigstens deterioriren werde, welches erstere aber nur, wie bereits indirecte erwähnt worden ist, bey beweglichen Sachen vorkommen kann. Diese Gefahr kann sich theils aus Handlungen des Fruchtnießers, theils auch aus anderen Verhältnissen und Umständen ergeben, wenn z. B. der Fruchtnießer einer beweglichen Sache verschuldet ist, in welchem Falle der Eigenthümer Gefahr läuft, daß die nutznießliche Sache von den Gläubigern in Execution gezogen wird. Die Arten der Sicherstellung kommen §. 1343 vor.

3) Kann oder will der Fruchtnießer oder Gebrauchsberechtigte die mit Recht verlangte Sicherstellung nicht leisten, und können sich die Parteyen über die Art der Abhülfe nicht vereinigen, so muß der Richter entscheiden, ob die Sache dem Eigenthümer gegen eine jährliche, eben von dem Richter zu bestimmende billige Vergütung für den entbehrten Fruchtgenuß überlassen, oder ob selbe, wenn sie unbeweglich ist, in Sequestration gezogen, oder zum Vortheile des Fruchtnießers an eine Person, welche mit ihrem Vermögen Sicherstellung zu leisten im Stande ist, vermiethet oder verpachtet, oder eine bewegliche Sache in gerichtliche Verwahrung gegeben werden solle. Dieses letztere kann natürlich nur in dem Falle eintreten, wenn die gerichtliche Depositirung der Hauptsache den Fruchtnießer nicht

hindert, die Nutzungen zu beziehen, welches z. B. bey einer Privat- oder öffentlichen Schuldverschreibung der Fall ist. Der Richter hat hierbey, nebst der Sicherstellung des Eigenthümers, vorzüglich den wirklichen oder eingebildeten Vortheil des Fruchtnießers zu berücksichtigen, so, daß bey erzweckter Sicherheit vorzüglich der Wunsch des Fruchtnießers sich vor Augen gehalten werden muß.

§. 521.

Dienstbarkeit der Wohnung.

Die Servitut der Wohnung ist das Recht, die bewohnbaren Theile eines Hauses zu seinem Bedürfnisse zu benützen. Sie ist also eine Servitut des Gebrauches von dem Wohngebäude. Werden aber Jemanden alle bewohnbaren Theile des Hauses, mit Schonung der Substanz, ohne Einschränkung zu genießen überlassen, so ist es eine Fruchtnießung des Wohngebäudes. Hiernach sind die oben angegebenen Vorschriften auf das rechtliche Verhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Eigenthümer anzuwenden.

1) Die Servitut der Wohnung unterscheidet sich, wie bereits Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt hat, von den anderen zwey Arten der Servituten, daß erstere nur die bewohnbaren Theile eines Hauses, letztere aber verschiedene, theils bewegliche, theils unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben können. Wird z. B. Jemanden der Gebrauch oder die Fruchtnießung eines Hauses verstattet, so darf er alle Theile desselben, folglich auch Gewölbe, Keller und Stallungen benützen; wird ihm dagegen, in Ansehung des nähmlichen Hauses, die Servitut der Wohnung eingeräumt, so hat er nur Anspruch auf diejenigen Theile desselben, welche zur eigentlichen Wohnung gehören. Sie hat aber mit diesen beyden Servituten die aus der Natur einer Dienstbarkeit hervorgehende Eigenschaft gemein, daß sie, unbeschadet der Substanz, als ein objectiv dingliches Recht

verwilliget seyn muß, und bloß in einer Duldung, nicht aber in Ausübung einer positiven Handlung bestehet. Durch die letzten zwey Merkmahle unterscheidet sich die Servitut der Wohnung von der Miethe, wodurch in der Regel nur eine persönliche Forderung, kein objectiv dingliches Recht gegründet werden soll (§. 1095). Der Miether hat sohin, wenn ihm die Eintragung des Miethcontractes in die öffentlichen Bücher nicht ausdrücklich gestattet ist, oder wenn sich der Vermiether nicht besonders für seine Particular-Nachfolger verpflichtet hat, nicht das Recht, die Einverleibung des Miethvertrages zu verlangen, welches aber derjenige, dem die Servitut der Wohnung eingeräumt ist, zu thun befugt ist, und selbst dann, wenn die Einverleibung wirklich mit Bewilligung des Eigenthümers geschah, ist die Miethe, im Falle einer nothwendigen gerichtlichen Veräußerung, für den neuen Käufer wirkungslos (§. 1121). Aus dem letzten Unterscheidungs-Merkmahle ergibt sich die Folge, daß, wenn sich ein Dritter, ohne Zuthun des Eigenthümers, der Wohnung bemächtiget hätte, der Vermiether allerdings verpflichtet wäre, dem Miether den Genuß der Wohnung zu verschaffen, da er zur Uebergabe derselben verpflichtet ist; wo hingegen derjenige, welcher Jemanden die Servitut der Wohnung eingeräumt hat, hierzu nicht verhalten werden könnte, da er sich, nach der Natur der Servitut, nur zur Duldung, und zu keiner positiven Handlung verbunden hat. Uebrigens kann der Eigenthümer Jemanden auch eine Wohnung unentgeldlich verwilligen, ohne eine ordentliche Servitut, welche als ein objectiv dingliches Recht wirksam seyn soll, zu constituiren, und es fragt sich demnach, für was die Vermuthung streite, wenn sich der Eigenthümer hierüber nicht ausdrücklich erkläret hat? — Ich glaube hier unterscheiden zu müssen, ob die Wohnungsverwilligung in einem letzten Willen, oder in einem Vertrage ertheilt worden sey. Im ersten Falle ist wohl eine Servitut anzunehmen, da kein Grund vorhanden ist, zu vermuthen, daß der Erblasser dem Erben die Befugniß einräumen wollte, durch Veräußerung des Hauses das Recht des Wohnungsberechtigten erlöschen zu machen; wird sie aber in einem Vertrage eingeräumt, so ist anzunehmen, daß sich

der Versprecher eher die geringere, als die schwerere Last auflegen wollte (§. 915), in welchem Falle daher die Vermuthung nur für eine einfache Wohnungsbewilligung streitet.

2) Die Wohnung (als Hauptsache betrachtet) machen nun die bewohnbaren, d. i. diejenigen Theile eines Hauses aus, die zum ordentlichen Aufenthalte für den Berechtigten und dessen Familie bestimmt sind. Dahin gehören also auch die zu einer ordentlichen Haushaltung nöthigen Behältnisse und Pertinenzstücke, wie Dachboden, Küche, Keller, in so weit letztere nur zur Einlagerung der für die Bedürfnisse des Hauses bestimmten Getränke und Feilschaften gewidmet sind, nicht aber auch Buden, Magazine, Scheuern u. dgl. [1]).

3) Die Servitut der Wohnung kann auf eine zweyfache Weise constituiret werden; es kann nähmlich bloß der Gebrauch der Wohnung verstattet, oder es können Jemanden alle bewohnbaren Theile des Hauses, mit Schonung der Substanz, ohne Einschränkung zu genießen überlassen werden. Im ersteren Falle sind die Rechte und Pflichten des Servitutsberechtigten aus den Vorschriften der §§. 504 — 508 zu entnehmen. Daher kann z. B., wie Herr Hofrath v. Zeiller bemerkt, der Berechtigte zwar seine Hausgenossen und Gäste darin aufnehmen, aber das Wohngebäude in der Regel weder ganz, noch zum Theile vermiethen, noch unentgeldlich Jemanden anderen überlassen. Doch diese Bemerkungen bedürfen, zur Vermeidung eines Mißverständnisses, noch einiger Zusätze. Es kann nähmlich die Servitut des Gebrauches der Wohnung, wie oben von dem Rechte des Gebrauches überhaupt bemerkt worden ist, von dem Berechtigten auch einem Anderen zum Genusse überlassen werden; jedoch richtet sich dieser Genuß immer nur nach den Bedürfnissen desjenigen, dem diese Servitut eigentlich zusteht. Erheischen z. B. die Bedürfnisse desjenigen, welchem diese Servitut zugestanden worden ist, den Gebrauch von fünf Zimmern, so scheint dieser berechtiget zu seyn, diese fünf an einen Andern zu vermiethen, und sich eine andere, seinen Bedürfnissen mehr

1) Siehe Zeiller §. 521, Nr. 2.

anpassende Wohnung zu nehmen. Dieses wäre z. B. der Fall, wenn einem Beamten in Wien in einer entlegenen Vorstadt die Servitut des Gebrauches der Wohnung zugestanden wäre, derselbe aber wegen seinen Amtsverhältnissen eine Wohnung in der Stadt selbst vorziehet. Hier könnte er, nach meiner Ueberzeugung, jene Bestandtheile der Wohnung, welche er zu beziehen das Recht hätte, wenn er von dieser Servitut in natura Gebrauch machen wollte, auch Jemanden vermiethen, und sich dafür eine Wohnung in der Stadt nehmen. Sollte es sich in der Folgezeit fügen, daß er, wegen Verkleinerung seiner Familie, sich mit einer Wohnung von vier Zimmern begnügen müßte, so müßte auch der Miether der Wohnung eines davon dem Eigenthümer wieder abtreten. Mit dem Augenblicke, als sich dieses Servitutsrecht endet, welches der Regel nach mit dem Tode des Berechtigten geschieht, erlischt auch das Recht des Miethers, der es nur in des Ersteren Nahmen ausübet.

§. 522.

In jedem Falle behält der Eigenthümer das Recht, über alle Theile des Hauses, die nicht zur eigentlichen Wohnung gehören, zu verfügen; auch darf ihm die nöthige Aufsicht über sein Haus nicht erschweret werden.

Werden Jemanden alle bewohnbaren Theile eines Hauses ohne Einschränkung zu genießen überlassen, so sind die Vorschriften der §§. 509 — 518 hier anzuwenden. Es steht daher dem Berechtigten auch ganz frey, alle Wohnungsbestandtheile auf was immer für eine Art zu benützen, daher auch dieselben ganz oder theilweise an Andere zu vermiethen. Jedoch hat auch hier der Berechtigte kein Recht, auf jene Theile des Hauses Anspruch zu machen, welche zur Wohnung nicht bestimmt sind, z. B. auf die in dem Hause befindlichen, zur Feilhabung von Waaren bestimmten Gewölber. Diese bleiben dem Eigenthümer zur Verfügung überlassen. Dadurch unterscheidet sich auch die Servitut des Fruchtgenusses der Wohnung von der Servitut des Fruchtgenusses des Hauses selbst. Für keinen Fall aber kann dem Eigenthümer das Recht benommen werden, in dem Hause öfter Nachsicht zu pflegen, ob die Wohnungsbestandtheile nicht einer Reparatur bedürfen; ob nichts Feuergefährliches in dem Hause unternommen werde; ob sich nicht etwa verdächtiges Gesindel allda aufhalte, u. s. w.

§. 523.

Klagerecht in Rücksicht der Servituten.

In Ansehung der Servituten findet ein doppeltes Klagerecht Statt. Man kann gegen den Eigenthümer das Recht der Servitut behaupten, oder der Eigenthümer kann sich über die Anmaßung einer Servitut beschweren. Im ersten Falle muß der Kläger die Erwerbung der Servitut, oder wenigstens den Besitz derselben, als eines dinglichen Rechtes, im zweyten Falle muß er die Anmaßung der Servitut in seiner Sache beweisen.

1) Der erste Fall des Klagerechtes tritt ein, wenn Jemand behauptet, daß ihm das Recht einer bestimmten Dienstbarkeit gegen den Geklagten zustehe. Zur deutlicheren Einsicht in die Natur dieser Klage, welche im römischen Rechte actio confessoria genannt wird, muß folgende Bemerkung vorausgeschickt werden: Es kann Jemanden durch Vertrag, letzten Willen, richterlichen Ausspruch u. s. w. ein Servitutsrecht eingeräumt seyn; der hiedurch verpflichtete Eigenthümer der Sache aber, an der die Servitut ausgeübt werden soll, kann sich weigern, die Servitut anzuerkennen, oder wenigstens die Ausübung derselben zu gestatten. In diesem Falle stehet dem Berechtigten lediglich ein persönliches Klagerecht gegen den verpflichteten Eigenthümer zu, welches darauf hinaus gehet, daß erkannt werde, letzterer sey die Servitut anzuerkennen, und in Folge dieser Anerkennung die Ausübung derselben sowohl, als die Einverleibung in das öffentliche Buch zu gestatten schuldig, wenn nähmlich der Gegenstand der Servitut eine unbewegliche Sache ist, und die Bestellungsurkunde nicht ohnehin mit jenen Eigenschaften versehen ist, welche für intabulationsfähige Urkunden vorgeschrieben sind. Der Berechtigte kann in diesem Falle die Bestellungsurkunde pränotiren lassen, und die Pränotirung durch die Klage rechtfertigen, weil demselben ein seiner Natur nach dingliches Recht eingeräumt ist, welches er durch die Einverleibung in Wirksamkeit setzt. Von einer solchen Klage, die dem Berechtigten bloß gegen den Besteller der Servitut oder dessen Erben oder Legator zusteht, ist hier nicht die Rede, sondern von der aus dem dinglichen Rechte der Servitut entspringenden Klage, die dem Kläger gegen jeden Besitzer der Sache, auf welche die Dienstbarkeit constituirt ist, zukömmt.

2) Derjenige, der diese Klage anstrenget, muß daher erweisen, daß ihm das dingliche Recht der Dienstbarkeit auf die Sache, in deren Besitze sich der Geklagte befindet, zustehe, oder,

daß er sich wenigstens im Besitze dieser bestimmten Dienstbarkeit befinde. Aus diesem folgt, daß diese Klage sowohl in possessorio, als in petitorio angebracht werden könne. Wird sie in possessorio angestrengt, so genügt, wenn sich, in so fern die Dienstbarkeit eine unbewegliche Sache betrifft, der Kläger mit einem Grundbuchsauszuge ausweiset, daß diese Dienstbarkeit wirklich als Last derselben eingetragen sey. Man kann zwar auch auf eine andere Art in den Besitz eines Servituts-, als eines *seiner Natur* nach dinglichen Rechtes kommen (§. 313), wenn z. B. der Nachbar mir das Fahren über seine Wiese bereits gestattet, oder wenn er, da er auf sein Haus noch ein Stockwerk bauen wollte, diesen Bau auf mein Verboth wieder unterlassen hat. Allein, obschon ich hier in den Besitz eines seiner Natur nach dinglichen Rechtes gekommen bin, so bin ich dessen ungeachtet nur im Besitze eines seiner Wirkung nach *persönlichen* Rechtes; die Klage, die mir daher aus diesem Besitze zusteht, ist sohin nur eine persönliche, die gegen keinen Anderen, als denjenigen, der mir das Fahren gestattet, und den Bau unterlassen hat, angestrengt werden kann. — Der Geklagte scheint sich aber gegen diese possessorische Klage dadurch schützen zu können, daß er erweiset, der Kläger sey auf eine der im §. 351 bestimmten Art wieder aus dem Besitze des Servitutsrechtes gesetzt worden, in welchem Falle Kläger gezwungen würde, mit der petitorischen Klage aufzutreten. Setzen wir den Fall: Es sey das Recht des Klägers, über die Wiese seines Nachbars zu fahren, in dem Grundbuche des letzteren eingetragen; der Nachbar hätte ihm aber diese Fahrt schon einige Mahle verweigert, und Kläger hätte es dabey bewenden lassen, und die Erhaltung des Besitzes nicht sogleich eingeklagt. Oder es wäre auf dem Grundstücke des Nachbars die Servitut eingetragen, daß er dem nachbarlichen Hause die Aussicht nicht benehme; ersterer hätte jedoch vor den Fenstern seines Nachbars Bäume gepflanzt, und der Servitutsberechtigte hätte selbe heranwachsen lassen, ohne dagegen eine Einsprache zu thun. In diesen Fällen ist der Kläger aus dem Besitze seines Rechtes, zu fahren, oder sich die Aussicht nicht benehmen zu lassen, gekommen, und er müßte sohin mit der petitorischen Klage auftreten. Würde aber das herrschende Grundstück in der Zwischenzeit verkauft, so würde der neue Eigenthümer mit der bücherlichen Anschreibung auch in den Besitz derjenigen Rechte eintreten, welche aus den öffentlichen Büchern ersehen werden können; er könnte also auch sogleich, als er das Haus antritt, und gewahr wird, daß ihm durch das Pflanzen der Bäume die Aussicht benommen ist, im possessorischen Wege die Wegräumung dieser Bäume verlangen, oder, im Falle ihm das Fahren verwehrt würde, seinen Besitz einklagen, weil nur

sein Vorfahrer für seine Person aus diesem Besitze gekommen ist. Die Wahrheit dieser Behauptung wird durch die Erläuterung des §. 1500 noch eine festere Begründung erhalten. Wird die Klage in petitorio angestrengt, so muß der Kläger, nebst dem Auszuge aus dem öffentlichen Buche, woraus sich ergibt, daß das Servitutsrecht in demselben erscheinet, und sohin als dingliches Recht wirksam ist, auch die Urkunde beybringen, worin der Titel zu dieser Servitut enthalten ist.

3) Die negatorische Klage kann gleichfalls entweder in possessorio oder in petitorio angebracht werden. Wird selbe in possessorio angebracht, so hat der Kläger in der Klage lediglich darzuthun, daß der Geklagte ein Servitutsrecht auszuüben begonnen habe, und daß die Sache, worauf die Servitut ausgeübt werden will, des Klägers Eigenthum sey. Denn die Vermuthung streitet immer für die Freyheit des Eigenthums, und es ist dann Sache des Geklagten, auszuweisen, daß er sich im Besitze des Servitutsrechtes befinde. Dieses kann durch Beybringung eines Landtafel- oder Grundbuchsextractes, worin dieses Servitutsrecht eingetragen erscheinet, oder dadurch geschehen, daß der Geklagte erweiset, er sey auf eine der in dem §. 313 bestimmten Arten in den Besitz dieses Rechtes gekommen; welcher Einwendung der Kläger wieder entgegensetzen kann, daß der Geklagte auf eine im §. 351 bezeichnete Weise den Besitz derselben wieder verloren habe. Stellt der Kläger die petitorische Klage an, welches geschehen muß, wenn der Kläger den Besitz des Geklagten mit gesicherterem Erfolge bekämpfen will, so hat er sich über die Freyheit seines Eigenthums auszuweisen. Dieses kann dadurch geschehen, wenn der Kläger die Urkunde, aus welcher dargethan wird, wie und auf was Weise er die Sache als Eigenthum überkommen habe, und zugleich den Landtafel- oder Grundbuchsextract, aus dem sich ergibt, daß diese Servitut auf dem Grundstücke nicht hafte, beybringt. Hat der Kläger dieses gethan, so ist es dann Sache des Geklagten, auszuweisen, wie er in der Folge zu dem Servitutsrechte gelangt sey. Diese petitorische negative Klage kann auch dadurch begründet werden, daß der Kläger erweiset, daß das bisher wirklich bestandene Servitutsrecht durch Verjährung erloschen sey. Uebrigens findet, wie bereits Herr v. Zeiller bemerkt hat, diese Klage auch gegen jenen Statt, welcher die Gränzen seines wirklichen Servitutsrechtes überschreitet.

4) Beyde Arten der Klagen können sowohl in Hinsicht auf Grunddienstbarkeiten, als in Hinsicht auf persönliche Platz greifen. Bey den erstern muß der Kläger auch das Eigenthum des Grundes ausweisen, für welches die Dienstbarkeit behauptet wird. Aus mehreren Miteigenthümern kommt die Entscheidung,

weil sowohl die Servitut, als die Freyheit untheilbar ist (§. 485), jedem Miteigenthümer wider den Gegner zu Statten (§. 844) [1]).

§. 524.

Erlöschung der Dienstbarkeiten. Im Allgemeinen.

Die Servituten erlöschen im Allgemeinen auf diejenigen Arten, wodurch, nach dem dritten und vierten Hauptstücke des dritten Theiles, Rechte und Verbindlichkeiten überhaupt aufgehoben werden.

Die Erlöschungsarten der Servituten sind theils allgemeine, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten insgemein, folglich auch Dienstbarkeiten, aufgehoben werden, die nur den Servituten, oder diesen doch nur mit besonderen Modificationen zukommen. Von diesen wird in den nächstfolgenden §§. gehandelt. Auch können, wie Herr v. Zeiller bemerkt, Servituten vom Staate, gegen eine angemessene Vergütung, aufgehoben werden.

§. 525.

Besondere Anordnung bey deren Erlöschung: a) durch den Untergang des dienstbaren oder herrschenden Grundes.

Der Untergang des dienstbaren oder herrschenden Grundes stellt zwar die Dienstbarkeit ein; sobald aber der Grund oder das Gebäude wieder in den vorigen Stand gesetzt ist, erhält die Servitut wieder ihre vorige Kraft.

1) Grunddienstbarkeiten setzen, wie bereits §. 474 vorgekommen ist, zwey Grundstücke voraus, wovon das eine das herrschende, das andere das dienstbare Grundstück genannt wird. Geht nun das herrschende Grundstück zu Grunde, so fällt auch die auf dem Grundstücke haftende Last der Verpflichtung weg, weil mit dem Hinwegfallen desjenigen, dem das Recht anklebt, die Erfüllung der Verpflichtung zu fordern, eine solche nicht mehr gedenkbar ist. Geht die dienstbare Sache zu Grunde, so ist Niemand da, welcher die Verpflichtung auf sich hat, und mit dem Hinwegfallen der Verbindlichkeit muß ganz natürlich auch das derselben entgegenstehende Recht aufhören. Daher wird mit dem Untergange des herrschenden oder dienenden Grundstückes die Dienstbarkeit eingestellt, und sohin erlöschen auch die für die Verwilligung der Dienstbarkeit allenfalls verheißenen Gegenleistungen.

1) Siehe Zeiller's Commentar Nr. 1.

2) Der Verpflichtete ist, wie Herr v. Zeiller bemerkt, außer dem Falle des durch sein Verschulden erfolgten Unterganges, weder zur Herstellung der Sache, noch zu einer Schadloshaltung verbunden. Wird aber das herrschende oder dienstbare Gut wieder hergestellt, so lebt, nach gehobenen Hindernissen, die Dienstbarkeit, weil sie nicht auf der Oberfläche, sondern auf dem ganzen Grunde und Boden haftet (§. 485), wieder auf, dafern sie nicht etwa aus dem öffentlichen Buche bereits gelöscht wäre (§§. 444 u. 445). Dabey dringt sich aber die Frage auf, ob der Eigenthümer des dienstbaren Grundes bey Untergang desselben die Löschung der Dienstbarkeit in dem öffentlichen Buche fordern könne? — Eine Frage, welche verneinend beantwortet werden zu müssen scheinet, weil der gegenwärtige §. nicht sagt, daß durch den Untergang des Grundes die Dienstbarkeit erlösche, sondern nur, daß sie *eingestellt* werde, wo doch der folgende §. ausdrücklich verfügt, daß durch die Vereinigung des dienstbaren und herrschenden Grundstückes die Dienstbarkeit von selbst *aufhöre*. Herr Hofrath v. Zeiller sagt in seinem Commentare, daß die Dienstbarkeit selbst dann wieder auflebe, wenn das dienstbare Gut erst nach der gewöhnlichen Verjährungszeit wieder hergestellt wird. Ich finde es, des Zusammenhanges mit meinen bey der Lehre von der Verjährung entwickelt werdenden Grundsätzen wegen, zweckmäßig, die Erörterung dieses Punctes der Erläuterung des §. 1478 vorzubehalten.

3) Wenn aber die Sache nur zum Theile zerstört, oder wenn sie nur verändert wird, so, daß die Dienstbarkeit in Rücksicht der übrigen Theile, oder ungeachtet der veränderten Gestalt noch immer bestehen kann, so kann sie auch als eingestellt angesehen werden [1].

§. 526.

b) Durch Vereinigung.

Wenn das Eigenthum des dienstbaren und des herrschenden Grundes in *einer Person* vereiniget wird, so hört die Dienstbarkeit von selbst auf. Wird aber in der Folge einer dieser vereinigten Gründe wieder veräußert, ohne daß inzwischen in den öffentlichen Büchern die Dienstbarkeit gelöscht worden, so ist der neue Besitzer des herrschenden Grundes befugt, die Servitut auszuüben.

---

1) Siehe Zeiller's Commentar Nr. 1.

1) Es ist bereits bey Erläuterung des §. 472 Nr. 4 gesagt worden, daß eine Dienstbarkeit nur an einer fremden Sache ausgeübt werden könne. Eine ganz natürliche Folge aus diesem Grundsatze ist, daß durch die Vereinigung der dienstbaren Sache und des herrschenden Grundes in einer Person die Dienstbarkeit erlöschen müsse. Der gegenwärtige §. redet offenbar nur von Grunddienstbarkeiten, aber es kann kein vernünftiger Zweifel obwalten, daß dieses auch von persönlichen Servituten gelte, und daß, wenn z. B. das Eigenthum des nutznießlichen Grundes dem Fruchtnießer durch Erbschaft, Schenkung, Kauf u. s. w. zufällt, die Servitut der Fruchtnießung aufhören müsse. Die Vereinigung oder Uebertragung eines ideellen Theils ändert an dem früheren Verhältnisse nichts. Wird aber ein physischer Theil der dienstbaren Sache an den Servitutsberechtigten als Eigenthum übertragen, so muß man zwischen Grund- und persönlichen Dienstbarkeiten unterscheiden. Ist die Dienstbarkeit persönlich, so erlischt sie zwar in Bezug auf denjenigen Theil, der dem Servitutsberechtigten als Eigenthum überlassen wird, gänzlich; sie bleibt aber auf denjenigen Antheil, der noch in fremden Händen verbleibt, ganz, wie sie früher bestanden hat; ist sie aber eine aus den in den §§. 475 — 477 aufgeführten Grunddienstbarkeiten, so kömmt es darauf an, ob die Ausübung der Servitut auf einen bestimmten Theil beschränkt ist oder nicht. Ist sie auf einen bestimmten Theil beschränkt, und derselbe ist in dem vereinigten Grundstücke enthalten, so erlischt die Servitut sowohl in Ansehung des Theiles, der mit dem herrschenden Grundstücke vereiniget wird, als in Ansehung desjenigen, der in Händen des früheren Eigenthümers bleibt, und letzterer kann sohin auch die Extabulation dieser Dienstbarkeit von seinem Antheile begehren. Im entgegengesetzten Falle bleibt sie haftend (§. 485).

2) So lange sich die dienstbare Sache als Eigenthum in den Händen des Servitutsberechtigten befindet, kann von Ausübung eines Servitutsrechtes keine Rede seyn; indessen kann der Eigenthümer des herrschenden Grundstückes schon gleich bey Erwerbung des Eigenthums der dienstbaren Sache die Absicht haben, letztere wieder zu veräußern, und ihm kann daher auch daran liegen, daß die Servitut für diesen Fall erhalten werde. Er hat nun in diesem Falle nichts zu thun; denn so lange in den öffentlichen Büchern die Löschung nicht erfolgt, tritt die Servitut, wenn die dienstbare Sache veräußert wird, sogleich wieder in Wirksamkeit. Die Löschung ist aber Niemand berechtiget anzusuchen, als er selbst. Wird in der Folge das dienstbare Grundstück veräußert, ohne daß in der Zwischenzeit die Löschung der Servitut aus dem öffentlichen Buche erfolgt ist, so folgt schon aus dem §. 443, daß sich der neue Besitzer die Servitut gefallen lassen müsse.

Wird dagegen das herrschende Grundstück veräußert, so wäre es zum wenigsten zweifelhaft, ob der neue Besitzer befugt sey, die Servitut auszuüben, indem die Servitutsrechte in dem öffentlichen Buche bey dem herrschenden Grundstücke nicht eingetragen zu werden pflegen, und man daher nicht sagen kann, daß der neue Besitzer des herrschenden Grundes in seinem Vertrauen auf die öffentlichen Bücher getäuscht würde, wenn ihm dieses Servitutsrecht nicht zuerkannt werden sollte. Der §. 442 sagt zwar, daß derjenige, welcher das Eigenthum einer Sache erwirbt, auch die damit verbundenen Rechte erlange; allein zur Zeit der Erwerbung war das Servitutsrecht bereits durch Consolidation erloschen, und dem Ueberträger standen nur Eigenthumsrechte, aber keine Servitutsrechte auf das früher dienstbar gewesene Grundstück zu. Es bedurfte daher der ausdrücklichen Anordnung des Gesetzes, wann dem neuen Besitzer des herrschenden Grundstückes das Befugniß der Ausübung der Servitut zukommen sollte, was nun durch die Vorschrift des gegenwärtigen §. geschehen ist. Der Gesetzgeber ging bey Erlaß dieser Anordnung wahrscheinlich von der Ansicht aus, daß derjenige, welcher bis zur Veräußerung die Löschung der Servitut in den öffentlichen Büchern nicht erwirkt hat, stillschweigend zu erkennen gebe, daß er sich die Ausübung der Servitut gefallen lassen wolle.

§. 527.

Durch Zeitverlauf.

Hat das bloß zeitliche Recht desjenigen, der die Servitut bestellt hat, oder die Zeit, auf welche sie beschränkt worden ist, dem Servitutsinhaber aus öffentlichen Büchern oder auf eine andere Art bekannt seyn können, so hört nach Verlauf dieser Zeit die Servitut von selbst auf.

1) Der Gesetzgeber geht hier von dem Grundsatze aus, daß der Regel nach Niemand mehr Recht erwerben könne, als der Uebergeber auf ihn übertragen konnte oder wollte. Hat daher der Besteller einer Servitut selbst nur ein zeitliches Recht auf die dienstbare Sache, so ist er nicht befugt, über diese Zeit hinaus mit der Sache zu disponiren, und er kann somit Niemanden auch ein Servitutsrecht einräumen, welches über diese Zeit hinaus in Wirksamkeit bleiben sollte. Dieses ist z. B. der Fall, wenn der Eigenthümer des dienstbaren Grundstückes dasselbe nach einer bestimmten Zeit Jemanden weiter übertragen muß.

2) Indessen muß man bey Beurtheilung eines solchen Falles unterscheiden, ob dem Servitutsinhaber die nothwendige oder

willkührliche Beschränkung des Verleihers bekannt war oder nicht. War sie ihm bekannt, so hört die Servitut nach Verlauf der Zeit ohne weiters auf; behauptet er aber, daß ihm die Beschränkung nicht bekannt war, so kommt es darauf an, ob diese Beschränkung in den öffentlichen Büchern ersichtlich gemacht sey oder nicht. Ist das erstere der Fall, so leidet der Servitutsinhaber für seine Nachlässigkeit, daß er diese Bücher nicht eingesehen hat. Indessen beschränkt das Gesetz, wie es die Worte desselben ausdrücklich aussprechen, die Hintanweisung der Entschuldigung der Unwissenheit, in Beziehung auf den factischen Umstand, daß das Servitutsrecht nur als ein zeitliches verliehen werden konnte, nicht darauf, daß diese Beschränkung in den öffentlichen Büchern eingetragen erscheine, sondern verfügt, daß, wenn dem Servitutsinhaber dieser Umstand auch auf andere Art bekannt seyn konnte, die Servitut mit dem Verlaufe der Zeit erlösche. Es muß aber diese Unwissenheit doch immer eine solche seyn, welche dem Servitutsinhaber nach rechtlichen Grundsätzen imputirt werden kann. Uebrigens gilt, wie Herr Hofrath v. Zeiller bereits bemerkte, dasjenige, was hier vom Zeitlaufe gesagt wird, auch von einer auflösenden Bedingung.

§. 528.

Eine Servitut, welche Jemanden bis zur Zeit, da ein Dritter ein bestimmtes Alter erreicht, verliehen wird, erlischt erst zu der bestimmten Zeit, obschon der Dritte vor diesem Alter verstorben ist.

Diese Vorschrift ist aus dem französischen Gesetzbuche (art. 620) zur Beseitigung des Zweifels hieher aufgenommen worden, der z. B. in dem Falle entstehen könnte, wenn der Witwe das Wohnungsrecht oder die Fruchtnießung eines Gebäudes bis zur Großjährigkeit ihres Sohnes vermacht worden wäre, und der Sohn vor Erreichung derselben verstorben ist. Der Grund derselben scheint zu seyn, weil derjenige, der eine Servitut auf diese Art verleiht, die Anzahl der Jahre vor Augen hat, die bis zur Erreichung des bestimmten Alters verfließen, und sohin auch dabey die Absicht hegt, daß der Servitutsinhaber sein Recht durch diesen Zeitraum ausüben solle. Die gegenwärtige Vorschrift setzt aber voraus, daß die Servitut zur Zeit, da ein Dritter das bestimmte Alter erreicht, entweder gänzlich erlischt, oder an einen Anderen, als diesen Dritten, übergeht. Ist die Disposition auf eine Art abgefaßt, daß die Servitut diesem Dritten bey Erreichung des bestimmten Alters übertragen werden soll, so ist hier eine auflösende Bedingung gesetzt; stirbt nun dieser vor Erreichung des bestimmten Alters, so fällt dann die auflö-

sende Bedingung weg, und die bedingte Servitutsverleihung geht dann in eine unbedingte über.

§. 529.

Erlöschung der persönlichen Servituten insbesondere.

Persönliche Servituten hören mit dem Tode auf. Werden sie ausdrücklich auf die Erben ausgedehnt, so sind im Zweifel nur die ersten gesetzlichen Erben darunter verstanden. Das einer Familie verliehene Recht aber geht auf alle Mitglieder derselben über. Die von einer Gemeinde oder einer anderen moralischen Person erworbene persönliche Servitut dauert nur so lange, als die moralische Person besteht.

1) Diese Erlöschungsart der persönlichen Servituten ist nach der Bemerkung des Herrn Hofrathes v. Zeiller, theils aus der gewöhnlichen Absicht des Bestellers, theils aus der politischen Ursache, daß die mit einer solchen Last behafteten Grundstücke selten geschont und zweckmäßig cultivirt werden, eine natürliche Eigenschaft derselben, dergestalt, daß das Recht selbst dann, wenn die bestimmte Zeit (§. 527) noch nicht verstrichen ist, auf die Erben nicht übergeht; aber sie ist keine wesentliche, von dem Gesetze gebothene Bestimmung, und kann daher durch den Willen des Bestellers eine Abänderung erleiden.

2) Es wird jedoch immer im Zweifel die geringste Abweichung von dieser natürlichen Eigenschaft einer persönlichen Servitut vermuthet. Daher werden, wenn der Besteller einer solchen auch der Erben des Servitutsberechtigten ausdrücklich erwähnt hat, ohne dieselben jedoch näher zu bezeichnen, nach gegenwärtiger Vorschrift nur die ersten gesetzlichen (§. 727 nicht auch die testamentarischen) Erben des Berechtigten verstanden. Hier können sich nun mehrere zweifelhafte Fälle ergeben. Nehmen wir an, es sey von dem Erblasser A dem B die Servitut der Fruchtnießung mit dem ausdrücklichen Beysatze legirt worden, daß selbe auch auf dessen Erben übergehen solle; nun setze B, mit Uebergehung seiner Geschwisterten, als vom Gesetze berufene Erben, den C zum Universalerben der Verlassenschaft ein. — Daß dem C das Recht der Fruchtnießung nicht zukommen werde, unterliegt nach dem ausdrücklichen Inhalte des gegenwärtigen §., keinem Zweifel. Allein ich glaube, daß im vorliegenden Falle auch die Geschwisterte darauf keinen Anspruch haben; denn sie waren, für den Fall, als der Erblasser nicht ausdrücklich einen Anderen zum Erben eingesetzt hätte, von dem

Gesetze zur Erbschaft berufen; sie sind aber eben durch die ausdrückliche Verfügung des Erblassers von der Erbschaft stillschweigend ausgeschlossen, weil er über sein ganzes Vermögen verfügt hat, daher hier von einer gesetzlichen Erbfolge keine Rede seyn kann (§. 727). Durch die Anordnung des Verleihers der Servitut wird es dem Servitutsinhaber lediglich möglich gemacht, das von ihm genossene Servitutsrecht auch durch Ueberlassung der Erbschaft auf diejenigen zu übertragen, welche von dem Gesetze zur Erbschaft berufen sind; aber es folgt aus der ursprünglichen Verleihung nicht, daß die vom Gesetze berufenen Erben auch ohne Erbschaftsantretung in den Genuß des Servitutsrechtes eintreten. — Hat aber im vorliegenden Falle der Erblasser das Recht der Fruchtnießung seinen Geschwisterten ausdrücklich legiret, so werden sie allerdings in den Genuß einzutreten haben; denn dadurch, daß der Besteller der Servitut selbe auch auf die Erben ausdehnet, gibt er dem unmittelbaren Servitutsinhaber offenbar die Bewilligung, die Fruchtnießung an diejenigen zu übertragen, welche von dem Gesetze als Erben berufen sind, und es scheint hier gleichgültig, ob er von diesem Befugnisse durch ausdrückliche oder stillschweigende Ueberlassung der Erbschaft an dieselben, oder durch Hinterlassung eines besonderen Vermächtnisses Gebrauch mache. Was wäre aber in dem Falle Rechtens, wenn der Servitutsinhaber seine gesetzlichen Erben nur zu einem Theile der Verlassenschaft beruft, und in Ansehung des anderen Theiles eine fremde Person zum Erben einsetzt? — Z. B. der Erblasser B hätte im vorliegenden Falle den Sempronius zur einen Hälfte der Verlassenschaft, und zur anderen seine Geschwisterte als Erben eingesetzt, oder letztere Hälfte denselben stillschweigend dadurch überlassen, daß er nur über die andere Hälfte ausdrücklich disponirte. Ich glaube, daß im ersteren Falle die gesetzlichen Erben das Recht der Fruchtnießung erwerben, daß selbes aber zu einem bestimmmten Preise angeschlagen, und die Hälfte dieses Preises dem Sempronius vergütet werden müsse. Denn da hier wirklich Personen succediren, an welche das Recht der Fruchtnießung übertragen werden kann, so ist dasselbe kein Recht mehr, welches bloß in persönlichen Verhältnissen gegründet ist, und sohin macht dieses Recht, nach §. 531, einen wirklichen Theil der Verlassenschaft aus; nur ist Sempronius von einer Naturaltheilung ausgeschlossen. Da aber der Erblasser will, daß seine Verlassenschaft zur Hälfte dem Sempronius, und zur Hälfte seinen Geschwisterten zufallen soll, so wird diesem letzten Willen dadurch am vollkommensten entsprochen, wenn die letzteren verhalten werden, dem Sempronius die Hälfte des Werthes, den die Servitut auf ihre persönlichen Verhältnisse hat, zu vergüten. Was die Servitut der Fruchtnießung insbesondere anbelangt,

so kann die Ausübung derselben (nicht aber das Recht selbst) zwischen den Geschwisterten und dem Sempronius auch selbst in Natur getheilt werden; mit dem Tode der ersteren geht aber auch für die letzteren diese Ausübung verloren. Im letzteren Falle dagegen werden die gesetzlichen Erben ausschließend das Servitutsrecht an sich bringen, ohne dem Sempronius zu einem Ersatze verpflichtet zu seyn. Denn indem der Erblasser die Hälfte der Verlassenschaft an den Sempronius überträgt, ohne über die andere Hälfte ausdrücklich zu verfügen, kann er unter Verlassenschaft nur den Inbegriff jener Rechte und Verbindlichkeiten verstehen, welche an ihn, Sempronius, übertragen werden können; Sempronius kann daher auch auf nichts Mehreres Anspruch machen. Die Verwandten aber, welche in Folge der Anordnung des Gesetzes die Erbschaft in Besitz nehmen, treten in alle jene Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers ein, worüber dieser nicht ausdrücklich disponirt hat, und welche, vermöge der Vorschrift der Gesetze, an sie übergehen können; sohin erlangen sie, nebst der anderen Hälfte der Verlassenschaft, auch dieses Recht der Fruchtnießung.

4) Unter den Mitgliedern der Familie, welche der gegenwärtige §. erwähnt, werden nur die zur Zeit des verliehenen Servitutsrechtes lebenden Glieder der Familie, keineswegs aber auch die noch nach der Hand geboren werdenden verstanden. Denn daß jede Ausdehnung einer persönlichen Servitut, so viel als die Worte zulassen, beschränkt ausgelegt werden müsse, gehet aus dem geistigen Sinne dieses §. ganz zweifellos hervor. Hätte sich aber der Besteller erklärt, daß die Fruchtnießung nach einer bestimmten Ordnung auf alle Nachfolger bis ins Unendliche übergehen solle, so wird diese Anordnung niemahls über den zweyten Grad hinaus bestehen können (§. 612), weil dadurch eine fideicommissorische Substitution gegründet würde: die sich, in Ansehung unbeweglicher Sachen, nur auf den ersten Grad, in Rücksicht auf Geldsummen und andere unbewegliche Sachen aber bis auf den zweyten Grad erstrecket [1]).

5) Eine von einer moralischen Person rechtmäßig erworbene persönliche Servitut dauert so lange, als noch Mitglieder, welche diese moralische Person fortsetzen, vorhanden sind.

§. 530.

Unanwendbarkeit auf beständige Renten.

Beständige jährliche Renten sind keine persönliche Servitut, und können also ihrer Natur nach auf alle Nachfolger übertragen werden.

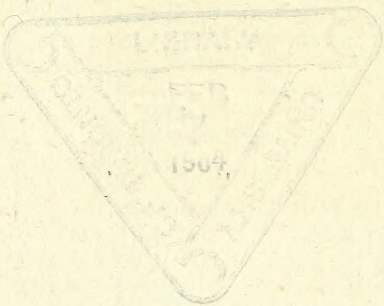
1) Siehe den Commentar des Herrn Professors Schuster S. 135 — 138.

1) Unter Renten versteht man Einkünfte, hauptsächlich von Grundstücken oder Capitalien. — Es kann, wie Herr Hofrath von Zeiller bemerkt, der ganze Ertrag, oder nur ein Theil davon zur Rente angewiesen werden, und der Empfanger ist nicht berechtiget, den Ertrag oder die Früchte selbst zu beziehen, und eben in dieser letzteren Rücksicht unterscheidet sich das Recht, eine Rente zu empfangen, von den persönlichen Dienstbarkeiten des Gebrauches und der Fruchtnießung (§. 504), indem das erstere eine Pflicht der positiven Leistung, letztere aber nur eine Pflicht zur Duldung begründet. Solche Renten gehen daher mit dem Tode des Berechtigten nicht verloren, sondern gehen der Regel nach auch auf die Erben des Berechtigten über, ohne Unterschied, ob selbe gesetzliche, Testaments- oder Vertrags-Erben sind.

2) Indessen kann, wie v. Zeiller weiters bemerkt, aus dem Vertrage oder letzten Willen, und aus dem Umfange des bewilligten Rechtes, stillschweigend (§. 863) die Willensäußerung des Bestellers gedachter Renten hervorgehen, daß dem Empfanger ein bloß persönliches, auf die Erben nicht übertragbares Recht zukommen solle, wie wenn z. B. Jemanden eine Rente nach Maß seines Bedürfnisses, oder alle Einkunfte eines Gutes zur Rente bestellt werden, weil im ersten Falle das Recht auf die persönlichen Bedürfnisse desjenigen, dem die Rente verliehen wird, eingeschränkt ist, und die bloß auf die Person des Berechtigten eingeschränkte Rentenabgabe ganz natürlich mit dem Tode der Person enden muß, da sie von dieser Zeit an keine Bedürfnisse mehr hat, und im zweyten Falle die Proprietät ganz wirkungslos gemacht würde; welche Willensmeinung des Eigenthumers wenigstens nicht ohne ausdrückliche Erklarung vorausgesetzt werden kann. In beyden Fällen würden also selbst durch den Ausdruck „Erben", nur die gesetzlichen nächsten Erben zu verstehen seyn. Werden aber, wie der §. voraussetzt, beständige jährliche Renten ausdrücklich verwilliget, so ist das Recht auf den Bezug dieser Renten auch auf die Erben des Berechtigten übertragbar. Wurden solche beständige jahrliche Renten den Ertrag des Grundstückes oder Capitals, von dem sie abgeliefert werden sollen, gleich kommen, oder nach Umständen gar übersteigen, so würde sich der Verpflichtete von dieser Last nur durch die Abtretung der Sache an denjenigen, der die Renten zu beziehen das Recht hat, befreyen können (vergl. §. 650).

Verbesserungen.

S.	§.	N.	Zeile	ist zu lesen:	anstatt
3	286	1	3. v. o.	inner den	inner in den
4	287	2	19. v. o.	befindliche	befindlichen
18	294	4	6. v. u.	unbeweglichen	beweglichen
74	316	2	13. v. u.	jus possidendi	jus ad posidendum
80	320	1	18. v. o.	Dringlichkeit	Dinglichkeit
80	320	2	6. v. u.	ad possidendum	ad posidendum
83	321	3	15. v. u.	haben will	haben wissen will
84	321	—	16. v. u.	1. B. S. 111.	1. B. S. 1131.
84	321	—	14u15v.u.	Intromissionen	Intermissionen
85	321	4	22. v. o.	bringen	dringen
92	323	4	16. v. u.	so hat er	so er hat
96	325	—	2. v. u.	5. Febr. 1805.	8. Febr. 1808.
109	329	2	2. v. o.	solchen	zu solchen
123	335	2	7. v. o.	§§. 331 — 333	§§. 331 — 133
128	337	1	9. v. u.	kann, zu beobachten sind, sich	kann, sich
136	340	—	1. v. u.	Goutta's	Gauk's
137	340	3	17. v. o.	Anrainer sich an	Anrainer an
144	344	—	14. v. u.	29. July 1817 J G.S. 1354.	29. July 1811 J.G.S. 1374.
146	345	2	5. v. o.	Besitzesforderung	Besitzerforderung
146	345	2	18. v. o.	an denen	an deren
160	348	1	9. v. u.	weil sonst	weil dadurch
175	355	4	11. v. u.	Häuserplätze Anwendung,	Häuserplätze,
181	355	4	7. v. u.	ausgesteckte	ausgestreckte
181	355	4	6. v. u.	Austrages	Auftrages
184	355	—	1. v. u.	5. July 1811.	5. July 1814.
206	364	4	4. v. o	forstöconomischer	forstcanonischer
224	369	3	10. v. o.	angestellten	aufgestellten
233	371	3	12. v. o.	aus denen	aus den
257	382	1	16u.17v.o	Belehnung	Belehrung
265	383	4	9. v. o.	besorgen	beobachten
302	399	3	16. v. o.	um	nun
366	427	4	14. v. u.	daß	das
368	427	4	10u11v.o.	begründenden	begründenten
388	432	4	7. v. u.	sondern ein auch	sondern auch
389	433	1	14. v.o.	Haupttitel	Hauptartikel
389	433	2	2 u. 3v.u.	Uebergeber allein,	Uebergeber, allein
391	437	2	10. v. o.	in das Einvernehmen zu setzen	einzuvernehmen
411	442	1	19. v. o.	nicht unübertragbare	unübertragbare
420	443	3	10. v. o.	Absicht, eine	Absicht, ein
421	443	3	3. v. u.	Zeit die Servitut	Servitut das zeitliche Recht
431	447	4	8. v. o.	gleich gehaltene Rechte	gleich gehaltenen Rechten
503	461	4	3. v. u.	nicht so	noch so
510	466	1	16. v. u.	zahlhaft zu machen	sich zahlhaft zu machen
517	466	4	10. v. o.	wird darüber	darüber wird
543	469	8	8. v. u	allein an den gewöhnlichen	allen an gewöhnlichen
552	471	1	3. v. o	Ja	In
570	479	4	6. v. u.	ihrer Natur	seiner Natur
584	483	4	3. v. u.	welcher	welche
591	485	1	12. v. o.	so müßte sich wohl der	so müßte er sich wohl, der
671	514	4	8. v. u.	Eigenthümer	Gläubiger
685	520	2	15. v. u.	gezogen wird	gezogen werden wird.


LIBRARY
FEB
1904

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY